

**Øst- Finnmark  
Avfallsselskap ANS**

**Selskapskontroll  
Offentlige anskaffelser**

FINNMARK  
KOMMUNEREVISJON IKS

Telefon 78 96 24 05 /78 98 86 72

[forvaltningsrevisjon@ffk.no](mailto:forvaltningsrevisjon@ffk.no)

[post@fkrev.no](mailto:post@fkrev.no)

## **FORORD**

Denne rapporten er utarbeidet av Finnmark kommunerevisjon IKS. Vi er et interkommunalt selskap som driver revisjon i deltakerkommunene. Finnmark kommunerevisjon IKS skal på vegne av kontrollutvalget føre kontroll med forvaltningen i kommunalt og fylkeskommunalt eide selskaper, jf. kommunelovens § 77, punkt 5.

Kommunelovens § 80 gir utvidet rett til innsyn i kommunalt og fylkeskommunalt eide selskaper. Her heter det at selskapskontroll skal utøves av interkommunale selskaper og i aksjeselskaper der en kommune eller fylkeskommune alene eller sammen med andre kommuner eller fylkeskommuner eier alle aksjer, og i heleide datterselskaper til slike selskaper.

Revisjonen utføres på vegne av kommunestyret på oppdrag fra kontrollutvalget i hver kommune.

Vadsø, 10.mars 2010

Yngvar Mækelæ  
Oppdragsansvarlig forvaltningsrevisor

Mikal Lanes  
Forvaltningsrevisor

0.	SAMMENDRAG .....	4
	Revisors vurdering .....	7
1.	Innledning .....	9
1.1	Bakgrunn .....	9
1.2	Forståelsen av oppdraget .....	9
1.3	Metodisk tilnærming .....	9
1.4	Revisjonskriterier .....	9
1.5	Problemstillinger og vurderingskriterier .....	9
1.6	Avgrensning av oppgaven.....	10
2.	Kommunene og offentlige anskaffelser i forhold til ØFAS.....	11
2.1	Hovedregel for offentlige anskaffelser .....	11
2.1.1	Revisors vurdering .....	11
2.2	Egenregi i kommunene – kommunen kan ”gjøre det selv” .....	11
2.2.1	Revisors vurdering .....	11
2.2.2	Det er et krav at om at kommunefellesskapet utøver kontroll over selskapet .....	11
2.2.3	Unntaket for egenregi gjelder også i noen tilfeller mellom to separate juridiske personer. Det stilles krav til slike enheter.....	12
2.2.3.1	Revisors vurdering av kontroll.....	12
2.2.4	Har eierne gjennom Øfas ANS kontroll over ØFAS Husholdning AS og gjøres arbeidet i hovedsak for eierne. ....	12
2.2.4.1	Revisors vurdering av kontroll- og aktivitet i ØFAS Husholdning AS .....	13
2.2.5	En vesentlig del av aktiviteten er knyttet til næringsavfall .....	13
2.2.5.1	Revisors vurdering av om aktivitetskravet er knyttet til innsamling av næringsavfall	13
2.2.6	En vesentlig del av aktiviteten er knyttet til deponering av næringsavfall.....	13
2.2.6.1	Revisors vurdering av om aktivitetskravet er knyttet til deponering av næringsavfall	13
2.2.7	Revisors konklusjon .....	14
3.	ØFAS ANS og lov om offentlige anskaffelser i forhold til A. Masternes Transport AS .....	15
3.1	Kravet til kontroll over leverandøren .....	15
3.2	Nærmere om kontrollbegrepet .....	16
3.3	Revisors vurdering av kontroll .....	16
3.4	ØFAS egen vurdering .....	16
4.1	Gjelder lov om offentlig anskaffelser for ØFAS ANS's kjøp av varer eller tjenester	18
4.1.1	Revisors vurdering .....	18
4.2	Vurdering av kjøp av tjenester i forhold til prosedyrer.....	18
4.2.1	Oversikt over et utvalg av prosjekter som er plukket ut for kontroll. ....	19
4.3	Krav til konkurranse .....	20
4.3.1	Hvilke anskaffelsesprosedyrer er tillatt. ....	20
4.3.2	Hvordan kunngjøre .....	21
4.3.3	Hvordan behandle innkomne tilbud, noen punkter .....	21
4.3.4	Hvem kan velges .....	21
4.4	Hastesaker.....	22
4.5	De undersøkte innkjøpene .....	23
5	Habilitet i forhold til tjenestekjøp og styrever arbeid.....	33
5.1	Vurdering av kjøp i forhold til habilitetsreglene i forvaltningsloven? .....	33
5.1.1	Er styreleder innhabil og automatisk utelukket fra å få oppdrag i ØFAS ANS når vedkommende samtidig er styreleder i selskapet? .....	33
5.1.1.1	Revisors vurdering .....	34
5.2	Kan en administrasjonssjef i en kommune være styremedlem i ØFAS ANS og samtidig å behandle et innkjøp av tjenester fra selskapet?.....	35
5	REVISORS ANBEFALINGER .....	36

# 0. SAMMENDRAG

## Bakgrunn for oppdraget

Finnmark kommunerevisjon IKS har på anmodning fra kontrollutvalgene sett nærmere på blant annet følgende forhold:

- Øst - Finnmarks avfallsselskaps forhold til lov om offentlige anskaffelser
- Styremedlemmene i ØFAS ANS forhold til habilitet

## Revisor har vurdert saken i forhold til:

### 1. Kommunene eier ØFAS ANS. Kan kommunen overlate en kontrakt om innsamling av husholdningsavfall og næringsavfall til dette selskapet uten å konkurransesette oppdraget?

Anskaffelsesreglernes krav til konkurranse gjelder bare der oppdrag tildeles på grunnlag av en kontrakt mellom to uavhengige. Reglene kommer derfor ikke til anvendelse på en forvaltningsrettslig fordeling av kompetanse, oppgaver og ansvar mellom offentligrettslige organer eller til private rettssubjekter.”

### Unntaket for egenregi (gjør det selv) gjelder i noen tilfeller mellom to separate juridiske personer. Følgende krav stilles til slike enheter:

- 2.2.3.1 *Oppdragsgiver må utøve en tilsvarende kontroll over leverandørselskapet som over egen virksomhet.*
- 2.2.3.2 *Den vesentlige delen av aktiviteten til leverandøren må være knyttet til den kontrollerende oppdragsgiver. Dette unntaket er utviklet av EF-domstolen gjennom flere dommer.*

ØFAS ANS er organisert etter lov om ansvarlige selskaper med kommunene som eier. At selskapet kontrolleres av kommunene, slik det i kontrollkravet er definert bekreftes av blant annet av morselskapets tilknytning i vedtektene til lov om interkommunale selskaper. Imidlertid er det også et krav at den vesentlige delen av aktiviteten må være knyttet til oppdragsgiver.

## Husholdningsavfall

At ØFAS Husholdning AS kontrolleres av eierne gjennom ØFAS ANS, slik det i kontrollkravet er definert, bekreftes blant annet av at selskapet må utføre tjenestene til selvkost. Kommunene påvirker dette selskapets blant annet gjennom fastsettelse av gebyrregulativ for selskapet. Dette påvirker langtidsplaner, herunder økonomiplan med mer. At en vesentlig del av aktiviteten utføres for eier er regulert av kommunenes plikt til innsamling av husholdningsavfall.

## Næringsavfall

Det er i dag fri konkurranse om innsamling av næringsavfall i regionen, og det er mange transportører som tilbyr disse tjenestene. I Øfas konsernet er denne tjenesten skilt ut i eget selskap (A. Masternes Transport AS), og berører sånn sett ikke aktivitetskravet i ØFAS ANS.

## Deponi

Kravene fra myndighetene er at avfallet skal leveres til godkjent anlegg. Behandlings - anlegget på Gassanjarg er skilt ut i eget driftsselskap, ØFAS Produksjon AS. ØFAS Produksjon AS driver i konkurranse med andre behandlingsselskaper både innenfor sluttbehandling og gjenvinning. Innsamlere av næringsavfall og næringslivet står fritt til å levere til andre godkjente behandlingsselskaper enn ØFAS Produksjon AS

## Revisors konklusjon

Egenregibegrepetts innhold er ikke klart definert i lovverket. En tolkning av om selskapet kan utføre en oppgave i egenregi må derfor bero på en konkret vurdering av de bedriftsmessige tilknytninger mellom selskapene. Det vil derfor være usikkerheter knyttet til revisors vurdering av dette, og en endelig avklaring vil kanskje måtte skje i EF – domstolene. Revisor velger derfor å ”snu” vurderingen. For at revisor skal kunne påpeke avvik i forhold til regleverket, må revisor synliggjøre at det har funnet sted et slikt avvik fra regelverket. Revisor har med bakgrunn i ovenstående ikke påvist et avvik. Revisor kan derfor ikke hevde at ØFAS ANS ikke kan utføre avfallsinnsamlingen av husholdningsavfall gjennom selskapet ØFAS Husholdning AS uten å kunngjøre dette under reglene om offentlig anskaffelser. Begrunnelsen er at revisor ikke kan synliggjører at selskapet ikke oppfyller fyller kontroll og aktivitetskravet.

## 2. ØFAS ANS eier transportselskapet A. Masternes Transport AS (heretter kalt Masternes AS). Kan ØFAS ANS overlate en kontrakt til dette selskapet uten å konkurransetsette oppdraget ihht lov om offentlige anskaffelser.

Følger ØFAS ANS reglene om offentlige anskaffelser ved kjøp av tjenester i datterselskapet Masternes AS.

For at unntaket for egenregi skal komme til anvendelse mellom ØFAS ANS og Masternes AS må ØFAS ANS *utøve en tilsvarende kontroll over selskapet som over egen virksomhet.* Oppdragsgiver må kunne påvirke selskapets beslutninger, både i forhold til selskapets strategi og i forhold til viktige beslutninger. I lov og rett nr 8. 2008 drøftes det anbudsrettslige kontrollbegrepet. Der står det: *”Alminnelig innflytelse i kraft av selskapsretten er ikke tilstrekkelig. Dersom en eier som har 100 % av aksjene i et utskilt selskap, bare kan utøve sin innflytelse etter selskapsrettens regler – det vil si gjennom generalforsamlingen, vil eieren ikke ha kontroll i anbudsrettslig forstand”*

### Revisors vurdering av kontroll

Selskapet har tilnærmet minimumsvedtekter i henhold til aksjeloven, med et lite unntak for vedtektenes punkt om utbytte og lånerammen. Det er ikke noe i vedtektene som tilsier at oppdragsgiver skal kunne påvirke selskapets beslutninger hvis styret motsetter seg slike føringer. Dette er ikke entydig med at selskapet ikke har sterke føringer på selskapets drift, men vedtektene og aksjeselskapslovgivningen gir styret omfattende kontroll over selskapet. Revisor mener at selskapet (ØFAS ANS) ikke innfrir kravet til kontroll over A. Masternes Transport AS, slik det er forutsatt i veilederen for offentlige anskaffelser og derfor må konkurransetsette kjøp av transporttjenesten som nå kjøpes fra Masternes AS.

### ØFAS egen vurdering

ØFAS ANS konkurransetsette innsamling og transporttjenestene i 2000 hvorpå Masternes Transport vant konkurransen. Interconsult Group ASA forestod hele anbudsprosessen. Oppstart 1.1.2002 med kontraktstid til 31.12.2007. I tillegg har Øfas ANS kontraktsfestet ensidig opsjon til 31.12.2009.

Det er nå allment kjent at myndighetene har strammet inn vilkårene for behandling av avfall med virkning fra 1.7.2009. Da det vil ta tid å bygge ut alternativ behandlingsskapasitet har myndighetene åpnet for dispensasjon med absolutt siste frist innen 31.12.2012. ØFAS ANS driver i dag på dispensasjon fra deponeringsforbudet mot organisk avfall til 1.6.2011. Behandlingsanlegget på Gassanjarg driver på dispensasjon inntil videre. Som alternativ behandlingssløsning har eierne foreløpig vedtatt forbrenning med energigjenvinning hvor det finnes flere alternativer fra bygging av eget anlegg til eksport til utlandet. De ulike alternativene krever ulike logistikk-løsninger.

Innsamling av husholdningsavfall vil i liten grad bli berørt av hvilken behandlingsløsning som blir valgt. Denne delen har ØFAS Husholdning AS overtatt fra Masternes Transport AS med virkning fra 1.1.2008. Containertransport er derimot avhengig av hvilken behandlingsløsning som velges, og utføres av Masternes Transport iht kontraktens vilkår inntil behandlingsløsning (logistikk) er på plass.

Man må være oppmerksom på at det tar ca. 1 1/2 år fra en behandlingsløsning er på plass til en ny transportør kan være i full drift (utarbeidelse anbud, anbudsprosessen, leveringstider materiell som transportmidler, containere osv avhengig av hvilken behandlingsløsning som velges). Anbudsrunden for dagens kontrakt tok vel 1 1/2 år.

### **Revisors anbefaling**

ØFAS ANS innfrir ikke kravet til kontroll over A. Masternes Transport AS, slik det er forutsatt i veilederen for offentlige anskaffelser og bør derfor konkurransetsette kjøp av transporttjenesten som nå kjøpes fra Masternes AS.

### **3. Vi har gjennomgått ØFAS ANS kjøp av tjenester i forhold til lov om offentlige anskaffelser, spesielt med tanke på konkurransetsetting av oppdrag.**

Vi har foretatt revisjon av anbudsprosessen mot lov om offentlige anskaffelser, herunder grunnleggende krav hvor det står at:

*”(1) Enhver anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse uansett hvilken anskaffelsesprosedyre som benyttes”.*

Aktuelle utplukkede prosjektene i undersøkelser er gjort for anskaffelser under forskriftenes § 2-1. (2), for kontrakter hvor den anslåtte verdi overstiger 500.000 kroner ekskl. mva. men ikke overstiger terskelverdiene angitt i § 2-2.

Det var ingen prosjekter til del III i forskriften, hvor terskelverdiene er:

- 1,65 millioner kroner ekskl. mva. for vare- og tjenestekontrakter
- 41 millioner kroner ekskl. mva. for bygge- og anleggskontrakter.

Forskrift til lov om offentlige anskaffelser er brutt ved at selskapet ikke fører protokollen i hht. vedlegg 4, slik de skal gjøre jfr. forskriftens § 3-2. Dette gjør at det derfor ikke har vært mulig å etterprøve hele innkjøpsprosessen. Opplysningene om tilbudsgivere og lignende er imidlertid oppbevart i mapper.

### **Revisors anbefaling**

De aktuelle selskap i ØFAS konsernet bør etterleve alle krav gitt iht til lov om offentlig anskaffelser.

### **4. Er styreleder innhabil og automatisk utelukket fra å få oppdrag i ØFAS ANS når vedkommende samtidig er styreleder i selskapet?**

Hovedregelen er at *”En offentlig tjenestemann er ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak når han er leder for et selskap som er part i saken i saken, jfr. forvaltningslovens § 6, e.*

Professor dr. juris Hans Petter Graver skriver om generelle hensyn i konkurranse- og anskaffelsessituasjoner. *En for streng praktisering av habilitetsreglene kan komme i konflikt med anskaffelsesreglenes krav til likebehandling.*

Graver skriver om forskjellige faser i innkjøpsprosessen: ” Ved vurderingen av hvordan habilitetsregler slår inn, er det hensiktsmessig å skille mellom forskjellige faser i en offentlig beslutning om å dekke sine behov i markedet:

1. Der hvor det offentlige vurderer innkjøp i markedet.
2. Neste fase i en beslutningsprosess inntreder der det er truffet avgjørelse om konkurranseutsetting og anbudskonkurransen forberedes.
3. Fasen der tilbudene er kommet inn og vurderes mot konkurransegrunnlaget og hverandre.

Graver skriver vider: ” Det er vanskeligere å tenke seg at rådgivning og bistand overfor myndigheten i en tidligere fase enn dette (fase 3) kan påvirke konkurransesituasjonen. Hvorvidt det foreligger inhabilitet **må bero på en konkret vurdering av om rådgiveren har skaffet seg en utilbørlig konkurransefordel.**

Det er av særlig betydning om noen deltar i utarbeidelsen av spesifikasjoner og om samarbeidet har resultert i spesifikasjoner som er skreddersydd for rådgiverens egne produkter eller tjenester.

### **Revisors vurdering**

Habilitetsspørsmålet er knyttet til å **tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse.** Styreleder har hatt grunnarbeidet ved oppgradering av deponiet på Gassanjarga i 2009. Alt arbeid knyttet til oppdatering av deponi Gassanjarga hadde sammenheng med fylkesmannens godkjenning av deponiet. En overskridelse av fylkesmannens fastsatte frister ville betydd betydelige økte kostnader i form av høyere avgiftsklasse til staten. Styreleder kunne ikke ha innflytelse på utformingen av oppdraget da dette, i følge daglig leder, var knyttet til Fylkesmannens godkjenning. Altså hadde ikke styreleder avgjørende rolle i å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse. Videre er det i følge administrerende direktør kun en entreprenør i Tana som har maskinkapasitet som kan ta ut masse innenfor det tidsperspektivet som var gitt for utbedring av deponiet. Styrelederen har i følge protokoll i tillegg fratrudd møte ved behandling av tilbudene der han selv har levert inn anbud. Altså har han ikke vært med på å treffe avgjørelsen om hvem som ble tildelt oppdraget. Revisor kan ikke påstå at styreleder var inhabil da han ble tildelt oppdraget ved Gassanjarga i 2009. For de øvrige prosjektene som er undersøkt, hvor styreleder har gjort jobb knyttet til ØFAS ANS, har disse jobbene vært gjort som underleverandør. ØFAS ANS har ikke inngått kontrakt med styrelederen. Det er det de entreprenørene som ble tildelt de forskjellige oppdrag som har gjort.

### **5. Kan en administrasjonssjef i en kommune være styremedlem i ØFAS ANS og samtidig å behandle et innkjøp av tjenester fra selskapet?**

Habilitetsspørsmålet for styremedlemmer mv. i offentlig heleide selskaper er behandlet i eget fremlegg til Odelstinget, Ot.prp.nr.50 (2008-2009).

Proposisjonen behandler spørsmål om hvorvidt lovforslaget (forvaltningslovens regler om habilitet) fører til at administrasjonssjefen blir inhabil på grunn av at han eller hun sitter i styret for et kommunalt eid selskap, og hvordan dette vil kunne påvirke habiliteten til de øvrige ansatte i administrasjonen. Ot.prp. konklusjoner skiller seg ikke fra dagens praksis.

### **Inhabiliteten gjelder bare i forhold til å treffe avgjørelser**

I punkt 6. 8 om situasjoner der kommunens administrasjonssjef blir inhabil står det følgende: *Utgangspunktet er at underordnede tjenestemenn blir inhabile når deres overordnede er inhabil. Inhabiliteten gjelder imidlertid bare i forhold til å treffe avgjørelse, og administrasjonen vil derfor fortsatt kunne forberede saken*”. Om konsekvensen for saksbehandlingen ved kjøp fra slike selskaper står det: *”Hvis saken normalt skulle vært avgjort i administrasjonen, kan avgjørelsen flyttes til et folkevalgt organ.*

**Revisors vurdering**

At habilitetsspørsmålet er behandlet i eget fremlegg til Odelstinget, viser at det ikke er automatikk i at en administrasjonssjef ikke kan delta i slikt styrever arbeid.

Revisors tolking av lovfremlegget er at administrasjonssjefen kan sitte i styret for ØFAS ANS. Videre kan administrasjonssjefen overlate til den øvrige administrasjonen i kommunen å saksforberede kjøp av tjenester fra et selskap, selv om administrasjonssjefen er medlem av styret i selskapet som selger tjenesten. Kommunen som i dette tilfelle har utpekt styremedlemmet, må veie fordelene av at styret nyter godt av denne personens kunnskaper opp mot konsekvensene det får for behandlingen i kommunen.

**Revisors anbefaling**

Hvis de aktuelle kommunestyre ikke har vurdert fordelene av at styret nyter godt av aktuelle administrasjonssjefers kunnskap inn i det selskapet han er styremedlem i, opp mot konsekvensene det får for behandlingen i kommunen, bør de gjøre det.



# 1. Innledning

## 1.1 Bakgrunn

I henhold til kommunelovens kapittel 12 skal kontrollutvalget påse at det føres kontroll med forvaltningen av kommunalt eide selskaper og heleide datterselskaper av disse. I den forbindelse har kontrollutvalgene i Tana-, Nesseby-, Båtsfjord-, Berlevåg- og Vardø kommune bedt revisjonen om å se på nærmere på blant annet følgende forhold:

- Øst - Finnmarks avfallsselskaps ANS (heretter kalt ØFAS ANS) forhold til lov om offentlige anskaffelser

## 1.2 Forståelsen av oppdraget

Bestillingen er ikke konkretisert av kontrollutvalgene, men revisors forståelse av formålet er å undersøke om lov om offentlig anskaffelser gjelder for ØFAS ANS. Hvis loven gjelder for ØFAS ANS - er rutinene for innkjøp slik de er beskrevet i lov om offentlige anskaffelser fulgt?

ØFAS ANS eier transportselskapet A. Masternes Transport AS (heretter kalt Masternes AS). Kan ØFAS ANS tildele kontrakter til dette selskapet uten å lyse dette ut under reglene om offentlige anskaffelser. I tillegg til dette er det uttrykt et ønske om å se om habilitetsreglene i forvaltningsloven er fulgt ved tildeling av oppdrag. Spesielt gjelder dette for medlemmer av styret som gir tilbud på tjenester til ØFAS ANS eller som har andre tilknytninger som kan være uheldige i forhold til styrearbeidet.

## 1.3 Metodisk tilnærming

Undersøkelsen er gjort innen rammen av forvaltningsrevisjon. Undersøkelsen baserer seg på dokumentanalyse av tilbuds- og anbudsdokumenter, samt styremøtedokumenter for perioden 2003 -2010. Vi har også hatt informasjonsmøter med selskapsledelsen.

## 1.4 Revisjonskriterier

Revisjonskriteriene er utledet fra lov om offentlige anskaffelser med tilhørende anskaffelsesforskrift. Til denne forskriften er det 2 vedlegg som er aktuelle:

1. Vedlegg 3. Protokoll for anskaffelser mellom 100.000 og 500.000 kr(eks mva).
2. Vedlegg 4. Protokoll for anskaffelser som overstiger 500.000 kr (eksl. mva).

Videre angir forvaltningsloven når en person er inhabil i avgjørelser i en forvaltningssak. Forvaltningsloven §§ 6,- 8, - og 9 er sentrale paragrafer i forhold til dette.

## 1.5 Problemstillinger og vurderingskriterier

Vi har valgt å løse revisjonsoppdraget ved å undersøke og besvare følgende spørsmål: Det er ønskelig å se om rutinene ved anskaffelser er i henhold til lov om offentlige anskaffelser. En aktuell problemstilling er egenregibegrepet.

1. Kan kommunene tildele ØFAS ANS oppdrag uten å sette dette ut på anbud?
2. Kan ØFAS ANS tildele tjenestekontrakt til Masternes AS uten at dette settes ut på anbud?

Ved kjøp av tjenester

3. Følger ØFAS Lov om offentlige anskaffelser når det gjelder større tjenestekjøp?
  1. Følger ØFAS Lov om offentlige anskaffelser når det gjelder:
    - a. skriftlig dokumentasjon
    - b. hvordan eventuelle tilbud offentliggjøres
    - c. å føre protokoll for anskaffelser som overstiger 100.000 kroner ekskl. mva.
    - d. i protokollen å beskrive alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen
      1. Protokollen skal minst omfatte opplysningene som fremgår av forskriftens vedlegg 3 eller 4.

Om habilitet

En offentlig tjenestemann er ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak når han leder eller har ledende stilling i, eller er medlem av styret i et selskap. Styreleder er tildelt kontrakt i forbindelse med utbedringen av deponiet på Gassanjarga.

4. Er styreleder tildelt oppdrag og er styret habil når de fatter vedtak om tildeling av oppdrag til styrelederen?
  - a. Hvis styreleder har fratrudd møtene, er styret likevel habil til å tildele styreleder kontrakter?
5. Er det andre i styret som innehar roller hvor inhabilitet kan være et problem?

## 1.6 Avgrensning av oppgaven

Selskapsavtalen regulerer forholdet eierne i mellom og gir de overordnede rammer for selskapet. I vedtektene vises det til lov om interkommunale selskaper, § 20, hvor det heter at: *”Representantskapet skal en gang i året vedta selskapets økonomiplan”*. Videre heter det at: *”Økonomiplanen skal omfatte de fire neste budsjettår og gi en realistisk oversikt over sannsynlige inntekter, forventede utgifter og prioriterte oppgaver, herunder investeringsplaner og finansieringen av disse i denne perioden”* [Revisors understrekning].

Revisor har ikke vurdert forholdet mellom innkjøp og eventuelle bevilgninger i henhold til denne loven. Dette er problematisert i rapporten ”Selskapskontroll i ØFAS” 28.oktober 2009.

Revisor har heller i sett på om ØFAS følger lov om offentlige anskaffelser når det gjelder varekjøpkjøp. Revisor har oppfattet at dette ikke har vært i fokus ved bestilling av oppdraget.

## 2. Kommunene og offentlige anskaffelser i forhold til ØFAS

Lov om offentlige anskaffelser gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer.

### 2.1 Hovedregel for offentlige anskaffelser

Regelverket om offentlige anskaffelser gjelder for kommunene og kommer i utgangspunktet til anvendelse når tre grunnvilkår er oppfylt. Det må:

1. foreligge en skriftlig gjensidig bebyrdende kontrakt
2. kontrakten må være mellom en oppdragsgiver og en oppdragstaker
3. kontrakten må ha en verdi overstiger terskelverdiene om offentlige anskaffelser

#### 2.1.1 Revisors vurdering

Kommunene har ikke satt innsamlingen av avfall ut på offentlig anbud og må derfor finne lovmessig dekning for at ØFAS ANS skal omfattes av egenregibegrepet. Egenregi kan tillates mellom to selvstendige rettssubjekter på nærmere vilkår. Se pkt 2.2

### 2.2 Egenregi i kommunene – kommunen kan ”gjøre det selv”

Egenregi er i utgangspunktet unntatt fra reglene om offentlige anskaffelser, i følge veilederen for offentlig anskaffelser. Dvs. at én avdeling i en kommune gjør en avtale med en annen for å få utført en tjeneste uten å gå veien om anbud og konkurranse. Kommunal og regionaldepartementet viser på sin hjemmeside til Professor dr. juris Hans Petter Graver <sup>1</sup> hvor han blant annet sier: ”Anskaffelsesreglenes krav til konkurranse gjelder bare der oppdrag tildeles på grunnlag av en kontrakt mellom to uavhengige. Reglene kommer derfor ikke til anvendelse på en forvaltningsrettslig fordeling av kompetanse, oppgaver og ansvar mellom offentligrettslige organer eller til private rettssubjekter.”

#### 2.2.1 Revisors vurdering

EF-domstolen har klart uttalt at kontroll kan utøves av flere offentlige myndigheter sammen. ØFAS ANS er i denne sammenheng et offentlig rettslig organ heleid av kommunene. Det er dermed synliggjort at ØFAS ANS i utgangspunktet kan utføre oppgaven. Imidlertid stilles det kontroll- og aktivitetskrav til selskapet for at det skal kunne gjøre anskaffelser under ”reglene” om egenregi. Se pkt 2.2.2

#### 2.2.2 Det er et krav at om at kommunefellesskapet utøver kontroll over selskapet

I veileder til reglene om offentlige anskaffelser diskuteres egenregi og tildeling av kontrakter. Ot. Prp. 71 angir dette nærmere. Det står at loven også gjelder andre organer: ”Med «særlige eller eksklusive rettigheter”. Dette er nærmere utdypet i NOU-1997-21 hvor det står: ”I henhold til § 2 nr 2 vil institusjoner og virksomheter som er organisert som egne rettssubjekter, f. eks som selskaper eller stiftelser, være omfattet av loven dersom visse vilkår er oppfylt; Rettssubjektet må for det første være **kontrollert av det offentlige** gjennom finansiering, kontroll i styrende organer, eller på annen måte. For det annet må rettssubjektet **tjene allmennheten** og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter”. Videre: ”Typiske eksempler vil her være utførelse av helse- og sosial tjenester, **renovasjon** og salg av alkohol eller legemidler.

<sup>1</sup> <http://www.regjeringen.no/Upload/KRD/Vedlegg/KOMM/Kommunejuss/anskaffelser.pdf>

### **2.2.3 Unntaket for egenregi gjelder også i noen tilfeller mellom to separate juridiske personer. Det stilles krav til slike enheter.**

Om unntaket for egenregi står det i veilederen: *”Unntaket for egenregi gjelder også i noen tilfeller mellom to separate juridiske personer. Spørsmålet om anskaffelsesregelverket kommet til anvendelse bør ikke være avhengig av hvordan oppdragsgiver har organisert sin aktivitet”*. Videre står det: *”For at unntaket for egenregi skal komme til anvendelse mellom to selvstendige personer som inngår en kontrakt, er det to vilkår som må være oppfylt:*

*2.2.3.3 Oppdragsgiver må utøve en tilsvarende kontroll over leverandørselskapet som over egen virksomhet.*

*2.2.3.4 Den vesentlige delen av aktiviteten til leverandøren må være knyttet til den kontrollerende oppdragsgiver. Dette unntaket er utviklet av EF-domstolen gjennom flere dommer.*

#### **2.2.3.1 Revisors vurdering av kontroll**

ØFAS ANS er organisert etter lov om ansvarlige selskaper, med kommunene som eier. At selskapet kontrolleres av kommunene, slik det i kontrollkravet er definert, bekreftes av selskapets tilknytning i vedtektene til lov om interkommunale selskaper. Spesielt gjelder dette for vedtektenes § 3, som sier at selskapet ikke har økonomisk erverv som formål og at vedtak i representantskapet må godkjennes i den utstrekning dette blir krevd etter IKS - loven eller lovgivning ellers. Dvs. at vedtakene må godkjennes av kommunestyrene. Dette styrkes ytterligere av vedtektenes § 6, hvor det står at på årsmøtet skal representantskapet behandle disse faste sakene:

- Vedta selskapets budsjett for kommende kalenderår, jfr. IKS-loven § 18, herunder forslag fra styret til gebyrregulativ.
- Langtidsplaner, herunder økonomiplan iht. IKS-loven § 20, og vesentlige endringer i metoder/systemer
- Forslag fra styret til låneopptak og eventuelle kommunale garantier

Imidlertid er det også et krav at den vesentlige delen av aktiviteten må være knyttet til oppdragsgiver, jfr. pkt 2.2.3.2. ØFAS ANS er ikke pålagt å samle inn næringsavfall, men har i dag ansvar for å deponere dette avfallet.

Må aktivitetskravet, slik det er formulert være knyttet til plikt til å samle inn næringsavfallet?

### **2.2.4 Har eierne gjennom Øfas ANS kontroll over ØFAS Husholdning AS og gjøres arbeidet i hovedsak for eierne.**

Ved bedømmelsen av om oppdragsgiver utøver en kontroll tilsvarende den oppdragsgiver fører med sin egen virksomhet. Oppdragsgiver må kunne påvirke selskapets beslutninger, både i forhold til selskapets strategi og i forhold til viktige beslutninger.

I veilederen står det: *”Departementet mener at norske aksjeselskaper ikke alene i kraft av selskapsformen vil være utelukket fra muligheten for egenregi, men at det må foretas en konkret vurdering, Ved en vurdering av eierens kontroll, må man både se på selskapslovgivningen til den aktuelle selskapsformen og på de konkrete vedtektene til selskapet”*.

#### **(I veilederen står det om faktisk krav til kontroll**

*Muligheten for å benytte unntaket for egenregi, er ikke forskjellig fra kontrakt til kontrakt, **men vurderes for selskapet som sådan.***

Det må altså vurderes om oppdragsgiver har bestemmende innflytelse over så vel strategiske formål som viktige beslutninger i det utskilte selskapet.

#### **2.2.4.1 Revisors vurdering av kontroll- og aktivitet i ØFAS Husholdning AS**

ØFAS Husholdning AS er 100 % eid av ØFAS ANS. At selskapet kontrolleres av ØFAS ANS og kommunene, slik det i kontrollkravet er definert, bekreftes blant annet av selskapets tilknytning til å utføre tjenestene til selvkost. Kommunene påvirker morselskapet gjennom fastsettelse av gebyrregulativ for selskapet. Dette påvirker langtidsplaner, herunder økonomiplan med mer. At en vesentlig del av aktiviteten utføres for eier reguleres av kommunenes plikt til innsamling av husholdningsavfall. Revisor kan ikke synliggjøre at selskapet ikke kan utføre oppgaver i egenregi for morsselskapet.

#### **2.2.5 En vesentlig del av aktiviteten er knyttet til næringsavfall**

Forurensningsloven angir kommunenes ansvar for avfallsinnsamlingen.

I forurensningsloven står det om kommunal innsamling av husholdningsavfall i § 30:

- *"Kommunen skal sørge for innsamling av husholdningsavfall".*

Om kommunens ansvar for næringsavfall står det i § 32:

- *"Næringsavfall skal bringes til lovlig avfallsanlegg med mindre det gjenvinnes eller brukes på annen måte".*

#### **2.2.5.1 Revisors vurdering av om aktivitetskravet er knyttet til innsamling av næringsavfall**

Det er i dag fri konkurranse om innsamling av næringsavfall i regionen, og mange transportører i markedet tilbyr disse tjenestene. I Øfas konsernet er denne tjenesten skilt ut i eget selskap (A. Masternes Transport AS), og berører sånn sett ikke aktivitetskravet i ØFAS ANS. Revisors vurdering er at aktivitetskravet ikke er knyttet til innsamling av næringsavfall.

#### **2.2.6 En vesentlig del av aktiviteten er knyttet til deponering av næringsavfall**

I forarbeidet drøftes kommunens ansvar for næringsavfall nærmere. I Ot.prp.nr.11 står det blant annet: *"Departementet har kommet til at kommunene i utgangspunkt ikke bør kunne treffe vedtak om produksjonsavfall. Dersom en bedrift og en kommune ikke blir enige om at produksjonsavfallet skal leveres kommunen, må altså saken etter dette bringes inn for forurensningsmyndigheten på fylkesnivå eller de sentrale forurensningsmyndigheter. Med det utgangspunkt departementet foreslår, vil det i første omgang være opp til vedkommende produsent og kommunen å avtale om kommunen skal samle inn produksjonsavfallet og om kommunen skal ta imot avfallet på sin opplagsplass".*

#### **2.2.6.1 Revisors vurdering av om aktivitetskravet er knyttet til deponering av næringsavfall**

Kravene fra myndighetene er altså at avfallet skal leveres til godkjent anlegg. Behandlings - anlegget på Gassanjarg er skilt ut i eget driftsselskap, ØFAS Produksjon AS. ØFAS Produksjon AS driver i konkurranse med andre behandlingsselskaper både innenfor sluttbehandling og gjenvinning. Innsamlere av næringsavfall og næringslivet står fritt til å levere til andre godkjente behandlingsselskaper enn ØFAS Produksjon AS. I Øfas konsernet er denne tjenesten skilt ut i eget selskap, og berører sånn sett ikke aktivitetskravet i ØFAS ANS. Revisors vurdering er at aktivitetskravet ikke er knyttet til innsamling av næringsavfall.

### 2.2.7 Revisors konklusjon

ØFAS ANS ble i 1996 opprettet med formål å samle inn både husholdningsavfall og næringsavfall (som var en kommunal pålagt oppgave den gang). Endring kommunal plikt i Forurensningsloven trådte i kraft 1.7 2005 og innsamling av næringsavfall er nå ikke kommunenes ansvar. Representantskapet i ØFAS ANS har tilpasset seg det nye regleverket ved at det den 17.12 2004 vedtok oppdeling av selskapet. ØFAS Husholdning AS og ØFAS Produksjon AS ble som følge av dette etablert. Videre ble A. Masternes Transport AS kjøpt for transport og innsamling av næringsavfall.

Egenregibegrepets innhold er ikke klart definert i lovverket. En tolkning av om selskapet kan utføre en oppgave i egenregi må derfor bero på en konkret vurdering av det bedriftsmessige tilknytninger mellom selskapene. Det vil derfor være usikkerheter knyttet til revisors vurdering av dette, og en endelig avklaring vil kanskje måtte skje i EF – domstolene. Revisor velger derfor å "snu" vurderingen. For at revisor skal kunne påpeke avvik i forhold til regleverket, må revisor synliggjøre at det har funnet sted et slikt avvik fra regelverket. Revisor har med bakgrunn i ovenstående ikke påvist et avvik. Revisor kan derfor ikke hevde at ØFAS ANS ikke kan utføre avfallsinnsamlingen av husholdningsavfall gjennom selskapet Øfas Husholdning AS uten å kunngjøre dette under reglene om offentlig anskaffelser.

A. Masternes Transport AS (kan også relateres til ØFAS Produksjon AS) forhold til lov om offentlige anskaffelser diskuteres i del 3.

### 3. ØFAS ANS og lov om offentlige anskaffelser i forhold til A. Masternes Transport AS

I kapitel 2 synliggjør vi at kommunen kan gjøre innsamling av avfall i egenregi via ØFAS ANS. Det neste blir da å se om ØFAS ANS, som da blir den som utøver av tjenesten i egenregi for kommunen, følger reglene om offentlige anskaffelser ved kjøp av tjenester i datterselskapet Masternes AS. Egenregibegrepet blir også her sentralt. Styret i ØFAS ANS vedtar så å kjøpe 100 % av aksjene Masternes AS den 12.3 2007. Selskapet hadde da kontrakt med Masternes AS. Revisor har ikke undersøkt utlysning av denne kontrakten i forhold til lov om offentlig anskaffelser.

#### 3.1 **Kravet til kontroll over leverandøren**

For at unntaket for egenregi skal komme til anvendelse mellom to selvstendige juridiske personer som inngår en kontrakt, er det to vilkår som må være oppfylt jfr pkt. 2.2.3.

3.1.1 *Oppdragsgiver må utøve en tilsvarende kontroll over leverandørselskapet som over egen virksomhet.*

3.1.2 *Den vesentlige delen av aktiviteten til leverandøren må være knyttet til den kontrollerende oppdragsgiver.*

- *Dette unntaket er utviklet av EF-domstolen gjennom flere dommer.*

Ved bedømmelsen av om oppdragsgiver utøver en kontroll tilsvarende den oppdragsgiver fører med sin egen virksomhet, skal en se på alle relevante lovbestemmelser, vedtekter og andre faktiske omstendigheter. Oppdragsgiver må kunne påvirke selskapets beslutninger, både i forhold til selskapets strategi og i forhold til viktige beslutninger. Kravet til kontroll er strengere enn innenfor konkurranseretten.

I veilederen står det: ”Departementet mener at norske aksjeselskaper ikke alene i kraft av selskapsformen vil være *utelukket fra* muligheten for egenregi, men at det må foretas en konkret vurdering, jf. momentene i sakene C-458/03<sup>2</sup> og C-340/04<sup>3</sup>. Ved en vurdering av eierens kontroll, må man både se på selskapslovgivningen til den aktuelle selskapsformen og på de konkrete vedtektene til selskapet”. (jfr jfr KOFAs avgjørelse (2005-251), og Høyesterett (Rt.2007).

#### **I veilederen står det om faktisk krav til kontroll**

*Muligheten for å benytte unntaket for egenregi, er ikke forskjellig fra kontrakt til kontrakt, men vurderes for selskapet som sådan.*

Det må altså vurderes om oppdragsgiver har bestemmende innflytelse over så vel strategiske formål som viktige beslutninger i det utskilte selskapet.

<sup>2</sup> Saken C-458/03 Parking Brixen, gjaldt et italiensk aksjeselskap organisert etter en spesiell lov. EF-domstolen gikk konkret inn i selskapets vedtekter og kommenterte at en beføyelse for styret til å stille garanti på inntil 5 millioner euro var et tegn på at selskapet hadde en høy grad av selvstendighet i forhold til aksjonærene.

<sup>3</sup> I Carbotermo-saken I Carbotermo-saken uttalte EF-domstolen at en kommunes kontroll med to italienske selskaper i det vesentlige er begrenset til den råderett selskapsretten gir flertallet av eierne i selskapet

### 3.2 Nærmere om kontrollbegrepet

I lov og rett nr 8. 2008 drøfter advokat Kurt Weltzien det anbudsrettslige kontrollbegrepet. Her skriver han: *"Det er på det rene at kontrollbegrepet etter anskaffelsesreglene ikke er det samme som i selskapsretten, hvor det i alminnelighet foreligger kontroll dersom en eier har majoriteten av aksjene. Etter EF-domstolens praksis skal det foretas en bred analyse av alle relevante lovbestemmelser og faktiske omstendigheter, hvor det faktum at en eier har 100 % av aksjene, bare er en indikasjon på at kontrollkriteriet er oppfylt."* Videre skriver han: *"Alminnelig innflytelse i kraft av selskapsretten er ikke tilstrekkelig, det må etter EF-domstolens praksis være tale om en kvalitativt mer omfattende innflytelse."*<sup>2</sup> *EF-domstolen har i flere avgjørelser lagt til grunn at oppdragsgiver må ha bestemmende innflytelse over så vel strategiske formål som i forhold til det utskilte selskaps viktige beslutninger.*<sup>1</sup> *På denne basis må det kunne sies at dersom en eier som har 100 % av aksjene i et utskilt selskap, bare kan utøve sin innflytelse etter selskapsrettens regler – det vil si gjennom generalforsamlingen – vil eieren ikke ha kontroll i anbudsrettslig forstand".*[revisors utheving]

### 3.3 Revisors vurdering av kontroll

Selskapet har tilnærmet minimumsvedtekter, i henhold til aksjeloven, med et lite unntak for vedtektenes punkt om utbytte og låneramme. Det er ikke noe i vedtektene som tilsier at oppdragsgiver skal kunne påvirke selskapets beslutninger hvis styret motsetter seg slike føringer. Dette er ikke entydig med at selskapet ikke har sterke føringer på selskapets drift, men vedtektene og aksjeselskapslovgivningen gir styret omfattende kontroll over selskapet. Dette kravet om kontroll bekreftes i veilederen for offentlig anskaffelser hvor det står om indirekte eierskap: *"Dersom leverandørselskapet kontrolleres indirekte gjennom et annet selskap kan dette vanskeliggjøre en sterk kontroll"*. A. Masternes Transport AS er nettopp et slikt selskap som ikke er direkte eid av kommunene.

Selskapet har i tillegg inngått en franchise avtale med Retura Norge. Dette legger føringer på selskapets drift.

#### Konklusjon

Revisor mener at selskapet (ØFAS ANS) ikke innfrir kravet til kontroll over A. Masternes Transport AS, slik det er forutsatt i veilederen for offentlige anskaffelser, og derfor må konkurranseutsette kjøp av transporttjenesten som nå kjøpes fra Masternes AS.

### 3.4 ØFAS egen vurdering

ØFAS ANS konkurranseeksponerte innsamling og transporttjenestene i 2000 hvorpå Masternes Transport vant konkurransen. Interconsult Group ASA forestod hele anbudsprosessen. Oppstart 1.1.2002 med kontraktstid til 31.12.2007. I tillegg er det kontraktsfestet ensidig opsjon til 31.12.2009.

Det er nå allment kjent at myndighetene har strammet inn vilkårene for behandling av avfall med virkning fra 1.7.2009. Da det vil ta tid å bygge ut alternativ behandlingsskapasitet har myndighetene åpnet for dispensasjon med absolutt siste frist innen 31.12.2012. ØFAS ANS driver i dag på dispensasjon fra deponeringsforbudet mot organisk avfall til 1.6.2011.

Behandlingsanlegget på Gassanjarg driver på dispensasjon inntil videre. Som alternativ behandlingssløsning har eierne foreløpig vedtatt forbrenning med energigjenvinning hvor det finnes flere alternativer fra bygging av eget anlegg til eksport til utlandet. De ulike alternativene krever ulike logistikk-løsninger.



Innsamling av husholdningsavfall vil i liten grad bli berørt av hvilken behandlingsløsning som blir valgt. Denne delen har ØFAS Husholdning AS overtatt fra Masternes Transport AS med virkning fra 1.1.2008. Containertransport er derimot avhengig av hvilken behandlingsløsning som velges, og utføres av Masternes Transport iht kontraktens vilkår inntil behandlingsløsning (logistikk) er på plass.

**NB! Det tar ca. 1 1/2 år fra en behandlingsløsning er på plass til en ny transportør kan være i full drift (utarbeidelse anbud, anbudsprosessen, leveringstider materiell som transportmidler, containere osv avhengig av hvilken behandlingsløsning som velges). Anbudsrunden for dagens kontrakt tok vel 1 1/2 år.**

Det er spesielt 2 forhold en må være oppmerksom på når det gjelder anbud på transport/krokliftkjøring/bulkkjøring:

- Fra prosessen starter til entreprenør er fullt ut operativ, må en påregne ca 1 1/2 år. Årsaken er:
  - Utarbeidelse av anbud, kunngjøringsprosessen og behandlingsprosessen tar ca. 4 - 5 mnd før kontrakt er inngått
  - Det må påregnes 12 måneders leveringstid på transportmidler, containere osv avhengig av logistikk-løsning.
- Denne type oppdrag er kapitalkrevende. Det betyr at her må det inngås langsiktig kontrakt på minimum 4 år. Det må påregnes sum anbudsprosess og kontraktstid på 5-6 år. Det er ikke aktuelt å gå på akkord med kontraktstid fordi oppdragsgiver da må påregne å måtte betale en uforholdmessig høy andel av kapitalkostnadene.

**Det er da 2 muligheter i fremtiden:**

- Utføre oppdraget i egenregi
- Konkurransesøknad oppdraget

Uavhengig om en velger egenregi eller konkurranse, er situasjonen den samme; en må vite hvilken transportløsning en skal etterspørre. Når endelig beslutning om behandlingsløsning er vedtatt, må det uansett inngås nødvendige leveringsavtaler med behandler, det måtte seg være forbrenning Kirkenes, forbrenning Boden, forbrenning Kiruna osv. Når slike avtaler er inngått, vil en for en eksportløsning i tillegg måtte søke om nødvendige eksporttillatelse fra Klima- og forurensningsdirektoratet, en prosess som en må påregnes å ta 3 - 4 måneder. Når alt dette er på plass, vil eventuelt dagens transporttjeneste kunne settes ut på anbud. Med så mye som er uavklart ennå, tror jeg ikke det er mulig å kunne beskrive noe som helst før engang i 2012 med oppstart innen utgangen av 2013.

Inntil dette må vi leve med midlertidige løsninger.

## 4 Lov om offentlige anskaffelser

### 4.1 Gjelder lov om offentlig anskaffelser for ØFAS ANS's kjøp av varer eller tjenester

Lov om offentlige anskaffelse med forskrifter ble endret 1.1 2007. Det betyr at det er to regelverk som gjelder for perioden. Hovedelementene i undersøkelsen er likevel de samme for de undersøkte tilfellene.

I lov om offentlige anskaffelser § 2, om oppdragsgivere som er omfattet står det: *"Loven gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer"* NOU-1997-21 angir dette nærmere: *"I henhold til § 2 nr 2 vil institusjoner og virksomheter som er organisert som egne retts- subjekter, f. eks som selskaper eller stiftelser, være omfattet av loven dersom visse vilkår er oppfylt: Rettssubjektet må for det første være kontrollert av det offentlige gjennom finansiering, kontroll i styrende organer, eller på annen måte.*

#### 4.1.1 Revisors vurdering

Loven gjelder for ØFAS ANS.

### 4.2 Vurdering av kjøp av tjenester i forhold til prosedyrer

Vi har foretatt revisjon av anbudsprosessen mot lov om offentlige anskaffelser, herunder grunnleggende krav gitt i § 3-1, hvor det står:

(1) Enhver anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse uansett hvilken anskaffelsesprosedyre som benyttes.

(4) Konkurranser skal gjennomføres på en måte som innebærer lik behandling av leverandører og med mulighet for leverandører til å bli kjent med de forhold som skal vektlegges ved deltagelse og tildeling av kontrakt.

(7) Oppdragsgiver skal fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, slik at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet.

Dette innebære 3 prinsipper for behandling, jfr. veilederen for offentlige anskaffelser

- (1) Likebehandling og ikke-diskriminering
- (2) Forutberegnlighet
- (3) Gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet

Aktuelle undersøkelser er gjort for anskaffelser under forskriftenes § 2-1. (2), for kontrakter hvor den anslåtte verdi overstiger 500.000 kroner ekskl. mva. men ikke overstiger terskelverdiene angitt i § 2-2.

Her er revisors vurdering gjort i forhold til relevante paragrafer i del I og del II i forskriften. I de utplukkede prosjektene vi har valgt å undersøke er det ikke anskaffelser over terskelverdiene i § 2-2, jf del III i forskriften, hvor terskelverdiene er:

- 1,65 millioner kroner ekskl. mva. for vare- og tjenestekontrakter
- 41 millioner kroner ekskl. mva. for bygge- og anleggskontrakter.

(I forskrift før 1.1 2007 gjelder Del II. anskaffelser over EØS terskelverdiene. Tilsvare nåværende Del III).

Prosjektene som er valgt ut har det felles at styreleder kan være mulig tilbyder, jfr intensjonene i bestillingen.

#### 4.2.1 Oversikt over et utvalg av prosjekter som er plukket ut for kontroll.

##### OVERSIKT PROSJEKT/ANSKAFFELSER > 500.000

År	Prosjektbeskrivelse	Leverandør	Budsjett		Doffin	Entrepriseform
			Totalt	Prosjekt		
<b>2003</b>	<b>Deponigassanlegg</b>		<b>1 300 000</b>			
	Teknisk leveranse	MGE-teknikk		1 200 000		Tilbud med forhandling
	Kranarbeider	Arne Pettersen		50 000		
<b>2004</b>	<b>Gjenbruksstasjon Berlevåg</b>		<b>5 500 000</b>			
	Tanabygg Entreprenør			4 800 000		Offentlig anbud, totalentreprise
	Underentr.: Arne Pettersen					
<b>2005</b>	<b>Overvåkningsbrønner Gassanjarg</b>		<b>400 000</b>			
<b>2006</b>	<b>Ingen prosjekter</b>					
<b>2007</b>	<b>Sorteringshall Gassanjarg</b>		<b>7 500 000</b>			
	Entreprenør	Tanabygg		7 500 000		Offentlig anbud, totalentreprise
	Konsulent	Byggebistand				
	Byggeledelse	Byggebistand				
	Underentr	Arne Pettersen				
<b>2008</b>	<b>Gjenbruksstasjon Båtsfjord</b>		<b>11 000 000</b>			
	Entreprenør	Bygg og Industriservice		10 500 000		Offentlig anbud, totalentreprise
	Byggeledelse	Næringsdrift				
	Konsulent	Næringsdrift				
	Underentr	Arne Pettersen				
<b>2009</b>	<b>Oppgradering deponi</b>		<b>7 000 000</b>			
	Renseanlegg					
	Tekniske leveranser og installasjoner	2 svenske leverandører		3 600 000		Tilbud fra 3 leverandører m/forhandling
	Grunnarbeider	Flere leverandører		1 000 000		
	Derav gravearbeider	Arne Pettersen		250 000		Tilbud fra 2 entreprenører
				<b>5 000 000</b>		
	<b>Forsterkning celle 3</b>					
	Membranleveranse	Cetco AS		800 000		Direktekjøp
	Nettsystemer	Elektrolinje		350 000		Direktekjøp
	Port	Pro Metall		200 000		Direktekjøp
	Grunnarbeider	Arne Pettersen		500 000		Tilbud fra 5 entreprenører
				<b>2 000 000</b>		

Revisor har lagt til grunn for sin undersøkelse

### **4.3 Krav til konkurranse**

**Oppdragsgiver plikter å sørge for at anskaffelsen så langt som mulig baserer seg på konkurranse, jf. lovens § 5 annet ledd og forskriftens § 3-1 første ledd.**

*Kravet til konkurranse gjelder kun "så langt det er mulig". Hovedregelen er altså at konkurranse skal avholdes. I enkelte unntakstilfeller vil oppdragsgiver kunne tildele en kontrakt til en leverandør uten konkurranse, forutsatt at det foreligger hjemmel for dette i anskaffelsesregelverket".*

#### **4.3.1 Hvilke anskaffelsesprosedyrer er tillatt.**

Her er forskriftens § 5-1 sentral.

*"Anskaffelsen skal foretas ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller ved konkurranse med forhandling. Konkurranse med forhandling kan gjennomføres enten ved at alle interesserte leverandører får levere tilbud, eller ved at oppdragsgiver foretar en utvelgelse av leverandører før disse gis mulighet til å levere tilbud".*

**Utgangspunktet er åpen konkurranse, jfr. veilederen hvor det står:**

*"En åpen anbudskonkurranse er en prosedyre som tillater alle interesserte leverandører å levere tilbud.*

#### **Begrenset anbudskonkurranse**

Andre, mer tidskrevende konkurranser kan gjennomføres jfr. veilederen hvor det står:

*"En begrenset anbudskonkurranse er en prosedyre som bare tillater de leverandørene som er invitert av oppdragsgiver til å gi tilbud. Det foretas først en prekvalifisering, der alle interesserte leverandører kan levere inn forespørsel om å få delta i konkurransen, sammen med dokumentasjon på at de er kvalifisert".*

Ved begrenset anbudskonkurranse må minimum tre leverandører inviteres etter forskriftens del II, og minimum fem leverandører etter forskriftens del III, jf. § 8-6 tredje ledd og § 17-6 tredje ledd

#### **Konkurranspreget dialog**

Konkurranspreget dialog kan benyttes ved særlig komplekse anskaffelser der det er umulig for oppdragsgiver å beskrive hva som skal anskaffes, jfr. veilederen hvor det står:

*"Oppdragsgiver beskriver i kunngjøringen hvilket behov anskaffelsen skal dekke, og hvilke kvalifikasjonskrav som stilles til leverandørene. Det gjennomføres deretter en prekvalifisering."*

#### **Konkurranse med forhandling**

Konkurranse med forhandling jfr. veilederen hvor det står: *"Konkurranse med forhandling er valgfritt å benytte i forskriftens del II, og kan unntaksvis benyttes i del III.*

*Anskaffelsesprosedyren gir oppdragsgiver adgang til å forhandle med leverandørene om alle sider ved tilbudene, noe som ikke er tillatt ved de øvrige konkurranseformene. Etter forskriftens del II kan oppdragsgiver velge om alle interesserte leverandører får levere inn tilbud.*

#### **Når anskaffelsen haster.**

Bestemmelsene om såkalte «hasteprosedyrer» danner et unntak fra hovedregelen om at anskaffelsen skal være basert på konkurranse, og unntak fra plikten til å gjennomføre anskaffelsen etter særskilte prosedyreregler.

#### **4.3.2 Hvordan kunngjøre**

**Forskriften § 9-1 gir følgende pålegg om kunngjøringer i anskaffelsesprosessen. I veilederen står det om kravet:** ”Forskriften krever i utgangspunktet at alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi (500 000 kr) skal kunngjøres. Dette gjelder både for varekjøp, tjenestekjøp og bygge- og anleggskontraheringer”.

I forskriftenes § 9-1 pkt (3:)

 ”Kunngjøringen skal sendes til operatøren av Doffin for kunngjøring i Doffin”.

#### **Kunngjøring etter gammel forskrift 2001**

§ 6-2. Kunngjøring av konkurranse

”Oppdragsgiver som ønsker å tildele en kontrakt ved åpen eller begrenset anbuds-konkurranse eller ved konkurranse med forhandling, jf. § 4-1 (tillatte anskaffelsesprosedyrer) skal gjøre dette kjent i en kunngjøring i samsvar med § 6-4.

§ 6-4. Fremgangsmåten ved kunngjøringer

(3) Kunngjøringene skal sendes Norsk lysingsblad for kunngjøring i DOFFIN - databasen og videresendes til TED-databasen.

#### **4.3.3 Hvordan behandle innkomne tilbud, noen punkter**

**I veilederen står det:**

”Oppdragsgiver skal sikre at alle leverandørene behandles likt gjennom hele anskaffelsesprosessen, jf. lovens § 5 første ledd og forskriftens § 3-1 annet ledd.

Forskriftens § 8-4. Kvalifikasjonskrav

”(1) Oppdragsgiver kan stille minimumskrav til leverandørene, herunder til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling.

(3) Kravene skal ikke diskriminere leverandørene på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet”.

Forskriftens § 8-6. Antall deltakere

Deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere

(1) Ved begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling kan oppdragsgiver fastsette en nedre, eventuelt også en øvre, grense for antall leverandører som skal inviteres til å gi tilbud.

§ 11-6. Registrering av innkomne tilbud

Tilbudene skal påføres tidspunkt for mottakelse etter hvert som de kommer inn. På anmodning skal oppdragsgiver skriftlig bekrefte når tilbudet er mottatt.

§ 11-7. Tilbudsåpning

(2) Åpningen skal foretas av minst to representanter for oppdragsgiver

#### **4.3.4 Hvem kan velges**

§ 11-1. Fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter

Etter at kvalifikasjonene til de leverandører som ikke er avvist er vurdert i samsvar med reglene i § 8-4 (kvalifikasjonskrav) til § 8-8 (HMS-egenerklæring), skal kontrakt tildeles på grunnlag av kriterier fastlagt etter § 13-2 (kriterier for valg av tilbud).

§ 13-2. Kriterier for valg av tilbud

(1) Tildelingen skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen.

(2) Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden. Dette kan for eksempel være kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, miljøegenskaper, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice, teknisk bistand, eller tid for levering eller ferdigstilling. Alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Der oppdragsgiver på forhånd har bestemt seg for prioriteringen eller vektingen av kriteriene skal dette angis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget

#### **4.4 Hastesaker**

Bestemmelsene om såkalte «hasteprosedyrer» danner et unntak fra hovedregelen om at anskaffelsen skal være basert på konkurranse, og unntak fra plikten til å gjennomføre anskaffelsen etter særskilte prosedyreregler. For anskaffelser under EØS-terskelverdien fastsettes unntak fra anvendelsen i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 (2) og for anskaffelser over EØS-terskelverdien fastsettes unntak i § 14-4. Unntakene gjelder bare *”dersom det på grunn av særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse, er umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift”*

#### **Tre vilkår for å kunne anvende hasteunntaket**

Ordlyden oppstiller tre vilkår for å anvende hasteprosedyren.

1. For det første må det foreligge særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver.
2. For det annet må denne særlige grunnen ikke kunne forutses av oppdragsgiver
3. For det tredje må de særlige forholdene gjøre det umulig å overholde tidsfristene for gjennomføring av en åpen eller begrenset anbudskonkurranse.

Nærmere om «umulighetsterskelen» over og under EØS-terskelverdiene <sup>4</sup>

#### **Oppsummert er reglene slik:**

100 000 - 500 000

- o ikke nødvendig utlysning i Doffin
- o Kan kontakte leverandør direkte
- o Protokoll føres etter vedlegg 3 i forskriften (fra 1.1.2007)

Over 500 000 medfører utlysning i Doffin (nasjonalt merket)

- o hovedregel åpen anbud
- o Skritt nr 2, hvis det er få tilbydere er begrenset anbudskonkurranse
- o Medfører protokoll jf vedlegg 4 i forskriften

Del III medfører utlysning i Doffin (EØS merket)

- o 1,65 millioner kroner ekskl. mva. for vare- og tjenestekontrakter
- o 41 millioner kroner ekskl. mva. for bygge og anleggskontrakter

---

<sup>4</sup> Av advokat Kurt Weltzien og seksjonsleder Henrik Lande1)

<http://www.nho.no/getfile.php/filer%20og%20vedlegg/Weltzien-Lande.pdf>

## 4.5 De undersøkte innkjøpene

### 2003 Deponigassanlegg – teknisk leveranse

#### Konkurranseseform

- Konkurransen med forhandling, men det var ikke foretatt prekvalifisering.
- 4 leverandørene ble tilskrevet og bedt om å gi tilbud.

#### Type kontrakt:

- Bygge- og anleggskontrakter.

#### Terskelverdi:

- Prosjektet var budsjettert til kr 1.200 000 og slutt kostnaden ble kr 1.300 000 hvilket medfører utlysning i Doffin (norsk) og forskriftens del I og II gjelder

#### Kunngjøring:

- Alle 4 er tilskrevet og invitert til å gi tilbud.
- Prosjektet ble ikke kunngjort i Doffin.
- Kvalifikasjonsgrunnlaget er beskrevet i brevet.

#### Kvalifisert:

- Det er spesifisert hvilke kvalifisering som gjelder for leverandør
  - Teknisk spesifisering til produkt var ikke fullt ut kjent for kjøper.
  - Leveringsdyktighet hos leverandør
- Det er innhentet skatteattest og HMS erklæring

#### Er det avvist leverandører med bakgrunn i forskriftens § 11 - 10?

- Ingen ble avvist med begrunnelse om utgått frist for innlevering av tilbud.

#### Valg grunnlag:

- Firma MGE – teknikk fikk tilbudet.
- Valgt leverandør har lavest pris

#### Er styreleder leverandør

- Styreleder har bidratt med kranarbeid ved montasje i arbeidet. Verdien av dette er 50 000 kr og har inngenting med leveransen å gjøre.

#### Innkjøpers kommentar

*"På konkurransetidspunktet 4 kjente produsenter av denne type anlegg for mindre deponier som tilfredsstillt krav fra DSB (direktoratet for sikkerhet og beredskap); ETECH, MGE-Teknikk, Biogas og Prosjekt Consulting v/Svein Lied. Totalentreprise da hver produsent/leverandør sitter på rettighetene til sitt konsept. Befaring gjennomført på et anlegg i drift til hver leverandør (Nordreisa, Tromsø kommune, HRS og i Sarpsborg). Alle funnet å kunne være tilbyder selv om det er forskjell på konseptene.*

*Alle leverandørene invitert til deponiet på Gassanjarg på befaring hvor anbudsgrunnlag er: lengde deponi x bredde deponi x høyde deponi = volum deponi. Totalentreprise hvor leverandør er ansvarlig for dimensjonering osv.*

*3 tilbud kom inn innenfor frist hvor det var stort sprik i tilbudssum. 1 leverandør hadde priset grunnmodul med tillegg for innredninger/opsjoner osv. Detaljert gjennomgang av tilbudene nødvendig for å kunne sammenstille disse, se vedlegg fra kontrollregning. Kontrollregning viste at MGE-Teknikk både hadde den laveste prisen samt det mest økonomiske fordelaktige tilbudet da stasjonen var i betong samt klargjort for utvidelser. Videre vurderinger dermed ikke nødvendig. Det fremkom ingen ankepunkter fra de andre tilbyderne. Kontrakt inngått. MGE-teknikk har tilnærmet vært enerådende i det norske markedet for små anlegg på hele 2000-tallet. Konseptet er velprøvd og veldokumentert".*

### **Revisors kommentar**

- Forskrift om offentlige anskaffelser, § 2-1 angir muligheten for begrenset anbudskonkurranse uten kunngjøring. Der står det at for kontrakter som ikke overstiger terskelverdiene angitt i § 2-2, gjelder likevel kun del I i forskriften (alminnelige bestemmelser) for anskaffelsen som bare foretas hos én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett mv.
  - Revisor har ikke vurdert innholdet i begrunnelsen om at det er bare er 4 kjente produsenter av denne type anlegg.
  
- Det er ikke ført protokollen i hht vedlegg 4. i forskriften.
  - Det har derfor ikke vært mulig å etterprøve hele innkjøpsprosessen.
  - Opplysningene om tilbudsgivere, tilbudets innhold og kvalifisering er imidlertid oppbevart i mappe.



## **2004 Gjenbruksstasjon Berlevåg**

### **Konkurransform**

- Åpen konkurranse. Byggebistand AS, Tana hadde hele innkjøpsprosessen (forprosjekt, anbudsbeskrivelse, anbudsåpning og vurdering av anbud), byggeledelse, byggeregnskap og overlevering.

### **Type kontrakt:**

- Bygge- og anleggskontrakter.

### **Terskelverdi:**

- Prosjektet var budsjettert til kr 5.500 000 og slutt kostnaden ble kr 4.800 000 hvilket medfører utlysning i Doffin (norsk) og forskriftens del I og II gjelder

### **Kunngjøring:**

- Kunngjort i Norsk lysningsblad med videresending i TED- basen Luxemburg 1.4 2004.
- Kvalifikasjonsgrunnlaget er beskrevet i kunngjøringen

### **Kvalifisert:**

- Det er spesifisert hvilke kvalifisering som gjelder for leverandør
  - Teknisk spesifisering til produkt
- Leveringsdyktighet hos leverandør
- Ingen firma ble avvist med begrunnelse om manglende kvalifikasjon
- Det er innhentet skatteattest og HMS erklæring

### **Er det avvist leverandører med bakgrunn i forskriftens § 11 - 10?**

- Ingen firma ble avvist med begrunnelse om utgått frist for innlevering av tilbud.

### **Valg grunnlag:**

- Firma Tana Bygg AS fikk anbudet.
- Valgt leverandør har lavest pris.

### **Er styreleder leverandør**

- Styreleder har vært underentreprenør for Tana Bygg AS.

### **Protokoll.**

- Det er ført en samlet protokoll i hht vedlegg 4. i forskriften.

### **Innkjøpers kommentar**

- Innkjøper har ikke kommentert dette.

### **Revisors kommentar**

- Lov om offentlig anskaffelser er fulgt.

## **2007 Sorteringshall Gassanjarga**

### **Konkurransreform**

- Åpen konkurranse. Byggebistand AS, Tana hadde hele innkjøpsprosessen (forprosjekt, anbudsbeskrivelse, anbudsåpning og vurdering av anbud), byggeledelse, byggeregnskap og overlevering.

### **Type kontrakt:**

- Bygge- og anleggskontrakter.

### **Terskelverdi:**

- Prosjektet var budsjettert til kr 7.500 000 og slutt kostnaden ble kr 7.500 000 hvilket medfører utlysning i Doffin (norsk) og forskriftens del I og II gjelder

### **Kunngjøring:**

- Kunngjort i Doffin den 13.03. 2008.
- Kvalifikasjonsgrunnlaget er beskrevet i kunngjøringen

### **Kvalifisert:**

- Det er spesifisert hvilke kvalifisering som gjelder for leverandør
  - Teknisk spesifisering til produkt
- Leveringsdyktighet hos leverandør
- Ingen firma ble avvist med begrunnelse om manglende kvalifikasjon
  - Begrunnelsen var: xx
- Det er innhentet skatteattest og HMS erklæring

### **Er det avvist leverandører med bakgrunn i forskriftens § 11 - 10?**

- Ingen firma ble avvist med begrunnelse om utgått frist for innlevering av tilbud.
- ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen
  - Begrunnelsen er Ikke levert skatteattest eller HMS erklæring

### **Valg grunnlag:**

- Utvelgelsen av ble gjort uten Øfas
- Firma Tana Bygg AS fikk anbudet.
- Valgt leverandør har lavest pris

### **Er styreleder leverandør**

- Firma Arne Pettersen var underentreprenør. Dvs. at firma ikke hadde direkte kontrakt med ØFAS ANS

### **Protokoll.**

- Det er ført en samlet protokoll i hht vedlegg 4. i forskriften.

### **Innkjøpers kommentar**

- Innkjøper har ikke kommentert dette.

### **Revisors kommentar**

- Lov om offentlig anskaffelser er fulgt

## **2008 Gjenbruksstasjon Båtsfjord**

### **Konkurransereform**

- Åpen konkurranse. Byggebistand AS hadde forprosjekt, anbudsbeskrivelse og anbudsåpning. Næringsdrift AS, Tana hadde kontraktsforhandlinger, byggeledelse, byggeregnskap og overlevering.

### **Type kontrakt:**

- Bygge- og anleggskontrakter.

### **Terskelverdi:**

- Prosjektet var budsjettert til kr 11.000 000 og slutt kostnaden ble kr 10.500 000 hvilket medfører utlysning i Doffin (norsk) og forskriftens del I og II gjelder

### **Kunngjøring:**

- Kunngjort i Doffin den 16.6. 2008.
- Kvalifikasjonsgrunnlaget er beskrevet i kunngjøringen

### **Kvalifisert:**

- Det er spesifisert hvilke kvalifisering som gjelder for leverandør
  - Teknisk spesifisering til produkt
  - Leveringsdyktighet hos leverandør
- Ingen firma ble avvist med begrunnelse om manglende kvalifikasjon
- Det er innhentet skatteattest og HMS erklæring

### **Er det avvist leverandører med bakgrunn i forskriftens § 11 - 10?**

- Ingen firma ble avvist med begrunnelse om utgått frist for innlevering av tilbud.
- ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen
  - Begrunnelsen er Ikke levert skatteattest eller HMS erklæring

### **Valg grunnlag:**

- Firma Bygg og Industrisveis AS fikk anbudet.
- Valgt leverandør har lavest pris

### **Er styreleder leverandør**

- Styreleder har bidratt med kranarbeid i arbeidet. Verdien av dette er 50 000 kr.

### **Protokoll.**

- Det er ført egen protokoll for hver delprosses.
  - Det er ikke ført en samlet protokoll i hht vedlegg 4. i forskriften.
  - Det har derfor ikke vært mulig å etterprøve hele innkjøpsprosessen.
  - Opplysningene om tilbudsgivere, tilbudets innhold og kvalifisering er imidlertid oppbevart i mappe.

### **Innkjøpers kommentar**

- Innkjøper har ikke kommentert dette.

### **Revisors kommentar**

- Lov om offentlig anskaffelser er fulgt

## 2009 Oppgraderning deponi

### Renseanlegg.

#### Konkurransform

- Konkurransform med forhandling – teknisk leveranse.

#### Type kontrakt:

- Bygge- og anleggskontrakter.

#### Terskelverdi:

- Prosjektet var budsjettert til kr 5.000 000, hvilket medfører utlysning i Doffin (norsk) og forskriftens del I og II gjelder.

#### Kunngjøring:

- 3 leverandør er tilskrevet og bedt om å gi tilbud på renseanlegg
- Ikke kunngjort i Doffin

#### Kvalifisert:

I følge administrasjonen var det på konkurransetidspunktet 3 kjente produsenter av denne type anlegg for mindre deponier. Totalentreprise da hver produsent/leverandør sitter på rettighetene til sitt konsept. Det ble gjennomført befaring på et anlegg i drift til hver leverandør. Alle funnet å kunne være tilbyder selv om det er forskjell på konseptene. Alle leverandørene invitert til deponiet på Gassanjarg på befaring hvor anbudsgrunnlag er: Mengde sigevann som skal renses og krav til rensing. Totalentreprise hvor leverandør er ansvarlig for dimensjonering osv.

- Leveringsdyktighet og produkt hos leverandør var avgjørende for utvelgelse.
- Det er innhentet skatteattest og HMS erklæring

#### Valg grunnlag:

- Valgte leverandører Mercatus Engeneering AB og Vilokan Sweden AB

#### Er styreleder leverandør

- Styreleder har hatt grunnarbeidet. Det ble diskutert med 2 entreprenører om arbeidet om graving for tomt, elektrokabler og rør. Styreleder ble valgt pga at han var den eneste som kunne stille med nødvendig maskinkapasitet, mannskap og kompetanse.
- Styreleder ble ved styremøte 14. mai 2009 erklært innhabil i beslutningen om utbedring av anlegget, altså i en tidlig fase, før beslutning om utbedring.

#### Protokoll.

- Det er ikke ført en samlet protokoll i hht vedlegg 4. i forskriften.
  - Dette har derfor ikke vært mulig å etterprøve hele innkjøpsprosessen.
  - Opplysningene om tilbudsgivere, tilbudets innhold og kvalifisering er imidlertid oppbevart i mappe.
  - Grunnarbeidet har blitt dyrere enn antatt pga kulde.

#### Innkjøpers kommentar

- Alt arbeid knyttet til oppdatering av deponi Gassanjarga var knyttet til fylkesmannens godkjenning av deponiet. En overskridelse av disse fristene kunne ha betydd betydelige økte kostnader i form av høyere avgiftsklasse til staten.

### Revisors kommentar

- I forskrift om offentlige anskaffelser, § 2-1 angis muligheten for begrenset anbudskonkurranse uten kunngjøring. Der står det at for kontrakter som ikke overstiger terskelverdiene angitt i § 2-2, gjelder likevel kun del I i forskriften (alminnelige bestemmelser):
  - for anskaffelsen som *”bare kan foretas hos én leverandør [ikke 1 leverandør] i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett mv.*
  - dersom *”anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse”.*
    - Revisor har ikke vurdert innholdet i begrunnelsen om at det er bare er 3 kjente produsenter av denne type anlegg
    - Videre har revisor ikke vurdert tidsperspektivet innvirkning på betydningen av økte kostnader.
- Opplysningene om innkjøpet er ikke samlet i en protokoll jf vedlegg 4 til forskriften.
  - Det har derfor ikke vært mulig å etterprøve hele innkjøpsprosessen.

## 2009 Oppgradering deponi

### Oppgradering celle 3.

#### Konkurransform

- Konkurransform med forhandling – 3 delkontrakter.

#### Type kontrakt:

- Bygge- og anleggskontrakter.

#### Terskelverdi:

- Prosjektet var budsjettert til kr 2.000 000 hvilket medfører utlysning i Doffin (norsk) og forskriftens del I og II gjelder

#### Kunngjøring:

- 5 leverandør møtte opp på befaringen og ba om anbudsgrunnlag for masseforflytting
- 1 leverandør er tilskrevet om å gi tilbud på membran
- 1 leverandør er tilskrevet om å gi tilbud på nett
- Innkjøpet er ikke kunngjort i Doffin.
- Kvalifikasjonsgrunnlaget er beskrevet i kunngjøringen
- Fristen var satt til 29.05 2009.
- Tilbyder på nettet, den eneste tilbyder leverte tilbud etter forhandling 3.6.2009.

#### Kvalifisert:

- Det er spesifisert hvilke kvalifisering som gjelder for leverandør
  - Teknisk spesifisering til produkt
  - Tidsfrist for gjennomføring

#### Valg grunnlag:

- Firma Cetco AS leverte membran. Oppdraget gjelder forsterkning av tidligere levert membran, hvor Cetco AS var leverandør. I følge administrasjonen var det av hensyn til garantiansvar og produktkompatibilitet nødvendig å benytte samme leverandør.
- Firma Elektrolinje AS leverte nettet. Oppdraget gjelder demontering og utskiftning av tidligere levert nett, hvor Elektrolinje AS var leverandør. I følge administrasjonen var det av hensyn til garantiansvar og produktkompatibilitet nødvendig å benytte samme leverandør.
- Masseforflytning. 2 entreprenører gav inn anbud. Arne Pettersen ble valgt pga. maskinkapasitet, kompetanse og pris.

#### Styreleder er leverandør av grunnarbeidet

- Tilbudet på arbeidet fra styreleder var på 478 000 kr. Det var gitt tilbud fra 2 andre entreprenører sammen. Tilbudet fra disse var på kr 1 198 000. Styreleder ble ved styremøte 14. mai 2009 erklært innhabil i beslutningen om utbedring av anlegget, altså i en tidlig fase og var ikke med i beslutningen om oppgraderingen av anlegget.

#### Protokoll.

- Det er ikke ført en samlet protokoll i hht vedlegg 4. i forskriften.
  - Det har derfor ikke vært mulig å etterprøve hele innkjøpsprosessen.
  - Opplysningene om tilbudsgivere, tilbudets innhold, befaring og kvalifisering er imidlertid oppbevart i mappe.

### **Innkjøpers kommentar**

Alt arbeid knyttet til oppdatering av deponi Gassanjarga var knyttet til fylkesmannens godkjenning av deponiet. Det er kun en entreprenør i Tana som har maskinkapasitet som kan ta ut masse innenfor det tidsperspektivet som var gitt for utbedring av deponiet. En overskridelse av disse fristene kunne ha betydd betydelige økte kostnader i form av høyere avgiftsklasse til staten. Denne avgiftsdifferensiering er knyttet til antatt forurensning av området. Membranen måtte produseres og monteres sammen med tidligere membran før høsten.

### **Revisors kommentar**

Revisors mener at styreleder ikke er inhabil i henhold til forvaltningslovens bestemmelser i forhold til tildeling av grunnarbeidet. Dette fordi styreleder på et tidlig tidspunkt i beslutningen om utbedring av anlegget ble erklært innhabil.

Det neste spørsmålet er om Øfas har fulgt reglene om offentlige anskaffelser.

Forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 angir muligheten for begrenset anbudskonkurranse uten kunngjøring. Der står det at for kontrakter som ikke overstiger terskelverdiene angitt i § 2-2, gjelder likevel kun del I i forskriften:

- for anskaffelsen som *”bare kan foretas hos én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett mv.*
- *dersom ”anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse.*

For vurdering av anskaffelsen som ”bare kan foretas hos én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett mv., angir administrasjonen følgende begrunnelse

- Det var bare de tidligere leverandørene som hadde kompetanse på dette i og med at ny membran og nett måtte kobles til de gamle membraner og nett.

For vurderingen om at dersom ”anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse, er det 3 forhold som da må vurderes.

**De 3 forholdene er:**

**1. Det må foreligge særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver.**

- Her oppgir administrasjonen miljøvernmyndighetenes krav om utbedring av deponiet.

**2. Det må inntre særlige grunner som ikke kunne forutses av oppdragsgiver.**

Det avgjørende for vurderingen er hva en normalt påpasselig oppdragsgiver etter en objektiv vurdering burde ha forutsett. I veileder for offentlig anskaffelser står det: *”Dersom årsaken til at det haster er at oppdragsgiver burde planlagt sine anskaffelser bedre, kan bestemmelsen ikke benyttes”.*

- I følge administrasjonen søkte Øfas ANS om godkjenning av deponiet allerede i 2003. Fylkesmannen tilkjennega i et utkast til vedtak i februar 2008 at fylkesmannen ikke ville godkjenne anlegget. Dette var en overraskende avgjørelse i følge administrasjonen, da man mente at fylkesmann tok feil med hensyn til godkjenning av anlegget.

**3. Det må være særlige forholdene gjøre det umulig å overholde tidsfristene for gjennomføring av en åpen eller begrenset anbudskonkurranse.**

- Administrasjonen anket fylkesmannens avgjørelse til Staten forurensningstilsyn (SFT) den 6.mars 2009. Imidlertid vedtok styret på styremøte 14. mai 2009 å trekke anken, og besluttet å forbedre anlegget i henhold til fylkesmannens krav. Anken ble formelt trukket 20.mai 2009. I følge administrasjonen ville tiden som går med til å gjennomføre et innkjøp, slik det forutsettes i en offentlig anbudsutlysning, komme i konflikt med tiden de hadde for å gjennomføre arbeidet, etter at styret besluttet å trekke anken. Arbeidet måtte være ferdig før vinteren kom og deponeringsforbudet ville inntre 16. juli 2009 hvis ikke anlegget ble godkjent. Dette medførte at utgravingen måtte skje fort slik at arbeidet med å koble den nye membranen til den gamle kunne starte.
- Tiden for gjennomføring av konkurransen vil være avgjørende for vurderingen av om anskaffelsen var gjort i henhold til regleverket. Leverandørene ble tilskrevet 14. mai og tilbudsmøte ble avholdt 3. juni. Tidsbruket for maskinarbeidet til for og etterarbeid for membranmontasje er beregnet til ca.478 timer (478 000 / 1000 kr = 478 timer), hvilket vil si totalt ca 31 arbeidsdager (2 skift med maskiner som hadde stor kapasitet). Membranleggingen var anslått å skulle starte 1. august. Det avgjørende er om hele anbudsprosessen hadde kunne vært gjennomført fra 14. mai til 3.juni.

For kontrakter som ikke overstiger terskelverdiene kr 500 000 eks mva kan forskriftens del I benyttes.

Anskaffelsen endelige sluttregning ble på kr 478 000 eks mva. hvilket tilsier at anskaffelsen kan gjøres under forskriftens del I. Oppdragsgiver har derfor betydelig fleksibilitet med hensyn til hvordan konkurransen kan gjennomføres, men må sørge for å overholde de grunnleggende kravene til konkurranse, likebehandling, forutberegnlighet.

Hvis ØFAS mente at anskaffelsen ville ha en verdi større enn kr 500 000 eks mva, så skulle ØFAS gjennomført innkjøpet i henhold til del II i forskriften.

Revisors endelig konklusjon er at revisor ikke kan hevde at ØFAS ANS ikke har forholdt seg til lov om offentlige anskaffelser på dette innkjøpet. Revisor vil likevel påpeke at KOFA har tilkjennegjort at manglende planlegging ikke er grunn god nok til å benytte unntak fra anvendelsen i forskrift om offentlige anskaffelser gitt i § 2-1 (2). Dette gjør at revisor er usikker på hva resultatet av en eventuell prøving av innkjøpet overfor KOFA ville blitt.



## 5 Habilitet i forhold til tjenestekjøp og styrerarbeid

### 5.1 Vurdering av kjøp i forhold til habilitetsreglene i forvaltningsloven?

#### 5.1.1 Er styreleder innhabil og automatisk utelukket fra å få oppdrag i ØFAS ANS når vedkommende samtidig er styreleder i selskapet?

##### **Hovedregel: En offentlig tjenestemann er ugild**

Forvaltningslovens § 6, ”krav til habilitet” angir når en person er inhabil i avgjørelser i en forvaltningssak. I § 6 står det: ”En offentlig tjenestemann er ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak

a) når han selv er part i saken..

e) når han leder eller har ledende stilling i, eller er medlem av styret eller bedriftsforsamling for, et selskap som er part i saken og ikke helt ut eies av stat eller kommune, et samvirkeforetak, eller en forening, sparebank eller stiftelse som er part i saken.

Videre heter det i forskriften om offentlige anskaffelser at ansatte hos oppdragsgiver ikke kan delta i en konkurranse, jf § 3-5, pkt 1 eller inngå kontrakt med den administrasjonen hvor han gjør tjeneste, jf § 3-5, pkt 2.

##### **For streng praktisering kan komme i konflikt med anskaffelsesreglene**

I lovdatas henvisninger til litteratur for forståelse av forvaltningsloven, viser lovdata til tidsskrift for forretningsjuss, nr. 4<sup>5</sup> 2005, hvor professor dr. juris Hans Petter Graver skriver om generelle hensyn i konkurranse- og anskaffelsessituasjoner: ”I en konkurransesituasjon kommer særlige hensyn inn i bildet. Generelt kan det være grunn til en noe strengere praktisering av habilitetsreglene enn ellers. På den annen side må ikke habilitetsreglene praktiseres slik at det offentlige i praksis blir avskåret fra å søke bistand fra markedsaktører til konkretiseringen og oppfyllelsen av sine behov i forhold til hva markedet kan tilby. **En for streng praktisering av habilitetsreglene kan dessuten komme i konflikt med anskaffelsesreglenes krav til likebehandling.** Dette er overtrådt dersom en markedsaktør automatisk er utelukket fra å få oppdrag i tilknytning til forberedelsen av en anskaffelse av den grunn at han også vil kunne være aktuell som tilbudsgiver ved den senere anbudskonkurransen.

##### **Deltakelse i anskaffelsesprosessen kan være avgjørende for habilitet**

Videre sier Graver om de forskjellige faser i anskaffelsesprosessen (diskusjonen gjelder rådgivere i utformingsprosessen for anbudsdokumenter)

”Siden det ikke gjelder egne habilitetsregler i norsk rett for anskaffelsessituasjoner, må vi ta utgangspunkt i forvaltningslovens generelle bestemmelser. Ved vurderingen av hvordan disse slår inn, er det hensiktsmessig å skille mellom forskjellige faser i en offentlig beslutning om å dekke sine behov i markedet.

4. For det første har vi den fasen hvor det offentlige vurderer innkjøp i markedet... Ved denne fasen gjelder ikke anskaffelsesreglene.

5. Neste fase i en beslutningsprosess inntreder der det er truffet avgjørelse om konkurranseutsetting og anbudskonkurransen forberedes. Hvor oppdragsgiveren er et forvaltningsorgan i forvaltningslovens forstand, vil hensvisningen i anskaffelsesforskriften ikke ha selvstendig materiell betydning. Prosessuelt innebærer den imidlertid at overtredelse av forvaltningslovens habilitetsregler kan behandles etter de særlige tvisteløsningsreglene i anskaffelsesloven”.

<sup>5</sup> Tidsskrift for forretningsjuss 2005 s 461 - (TFF-2005-461)

6. Fasen der tilbudene er kommet inn og vurderes mot konkurransegrunnlaget og hverandre. Også her vil forvaltningsloven og anskaffelsesreglene gjelde parallelt. I denne fasen vil saken ha definerte parter, nemlig de som har inngitt tilbud. Koblingen mellom de råd som gis og de konkrete virkninger dette får for bestemte foretak, vil derfor gjennomgående være mye mer direkte enn i fasene før tilbud innhentes. En som har interesser i et bestemt utfall av tildelingen, må ikke kunne øve innflytelse på tildelingsprosessen”.

#### **Oppdragsgiver må vurdere om rådgiveren oppnår en fordel i konkurranse**

Dette bekreftes også i kapitlet ”anskaffelsesrettslig inhabilitet”. Der skriver Graver: ”Den anskaffelsesrettslige inhabilitetsregelen knytter seg ikke spesifikt til noen av de tre fasene som er skissert ovenfor. Uavhengig av hvilken fase rådgiveren har opptrådt i tilknytning til, må oppdragsgiver vurdere om utførelsen av oppdraget gir rådgiveren en slik fordel at han må utelukkes fra konkurransen. På den annen side vil den ha sin største praktiske betydning i forhold til arbeidet med utarbeidelse av konkurransegrunnlaget. **Det er vanskeligere å tenke seg at rådgivning og bistand overfor myndigheten i en tidligere fase enn dette kan påvirke konkurransesituasjonen**”.

Videre skriver Graver om den konkret vurderingen:

*”Hvorvidt det foreligger inhabilitet må bero på en konkret vurdering av om rådgiveren har skaffet seg en utilbørlig konkurransefordel. Viktige momenter i en slik vurdering vil være arbeidets omfang og om det kan likestilles med et ferdig prosjekt og om resultatet av rådgivningen gjøres allment tilgjengelig for alle deltakerne i konkurransen. Av særlig betydning er om rådgiveren deltar i utarbeidelsen av spesifikasjoner og om samarbeidet har resultert i spesifikasjoner som er skreddersydd\* for rådgiverens egne produkter eller tjenester”.*

#### **5.1.1.1 Revisors vurdering**

Habilitetsspørsmålet er knyttet til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse. For å vurdere innholdet av begrepet ”å legge til rette grunnlaget” er professor Hans Petter Gravers drøfting av rådgiverrollen relevant. Styreleder har hatt grunnarbeidet ved oppdatering av deponiet på Gassanjarga i 2009. Alt arbeid knyttet til oppdatering av deponi Gassanjarga var knyttet til fylkesmannens godkjenning av deponiet. En overskridelse av disse fristene ville betydd betydelige økte kostnader i form av høyere avgiftsklasse til staten. Membranen måtte produseres og monteres sammen med tidligere membran før høsten. Styreleder kunne ikke ha innflytelse på utformingen av oppdraget da dette var knyttet til Fylkesmannens godkjenning, i følge daglig leder, altså hadde ikke styreleder avgjørende rolle i å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse. Videre er det i følge daglig leder kun en entreprenør i Tana som har maskinkapasitet som kan ta ut masse innenfor det tidsperspektivet som var gitt for utbedring av deponiet.

Styreleder har, i følge protokoll 4. mai 2009 i tillegg fratrudd møte ved behandling om utbedring av deponet, da det på dette tidspunktet var klart at han kunne bli involvert i en utvidelse. Altså har han ikke vært med på å treffe avgjørelsen om det skulle utbedres og heller ikke hvem som ble tildelt oppdraget.

#### **Revisor kan ikke påstå at styreleder er inhabil da han ble tildelt oppdraget ved Gassanjarga i 2009.**

Revisor ingen vurdering om ØFAS ANS ledelsen på en best mulig måte har ivaretatt hensikten med forvaltningslovens bestemmelser; å ivareta den allmenne oppfatning om ugild og upartiskhet saksbehandling i den offentlige forvaltning.

For de øvrige prosjektene som er undersøkt, hvor styreleder har gjort jobb i ØFAS ANS, har det vært som underleverandør. ØFAS ANS har ikke inngått kontrakt med styreleder.

## **5.2 Kan en administrasjonssjef i en kommune være styremedlem i ØFAS ANS og samtidig å behandle et innkjøp av tjenester fra selskapet?**

Kan en administrasjonssjef være styremedlem i ØFAS ANS og samtidig være administrasjonssjef i kommunen.

### **Egen odelsting proposisjon om habilitet for styremedlemmer mv. i offentlig heleide selskaper**

Ot.prp.nr.50 (2008-2009). Om lov om endringer i forvaltningsloven (habilitet for styremedlemmer mv. i offentlig heleide selskaper) behandler spørsmål om hvorvidt lovforslaget (forvaltningslovens regler om habilitet) **fører til at administrasjonssjefen blir inhabil på grunn av at hun eller han sitter i styret for et kommunalt eid selskap** og hvordan dette vil kunne **påvirke habiliteten til de øvrige ansatte** i administrasjonen.

### **Inhabiliteten gjelder bare i forhold til å treffe avgjørelser**

I punkt 6. 8 Særlig om situasjoner der kommunens administrasjonssjef blir inhabil står det følgende: *Utgangspunktet er at underordnede tjenestemenn blir inhabile når deres overordnede er inhabil, jf. forvaltningsloven § 6 tredje ledd. Inhabiliteten gjelder imidlertid bare i forhold til å treffe avgjørelse, og administrasjonen vil derfor fortsatt kunne forberede saken*".

Videre står det: *"Å skrive saksframlegg og avgi innstilling vil i denne sammenheng normalt måtte anses som saksforberedelse, ikke som en avgjørelse i saken etter forvaltningsloven § 6 tredje ledd, jf. uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling 12. mai 2003 (sak 2002/08499) og Frihagen: Inhabilitet etter forvaltningsloven (1985) side 375-382. Etter departementets vurdering er det dermed anledning for en underordnet tjenestemann i administrasjonen å forberede saken for behandling i folkevalgte organer selv om administrasjonssjefen er inhabil, jf. forvaltningsloven § 6 tredje ledd.*

### **Konsekvensen for saksbehandlingen**

Om konsekvensen for saksbehandlingen av kjøp fra slike selskaper står det i samme kapittel: **"Hvis saken normalt skulle vært avgjort i administrasjonen, kan avgjørelsen flyttes til et folkevalgt organ.** På generelt grunnlag mener departementet at faren for inhabilitetssituasjoner kan tale for at kommunestyret bør vurdere hensiktsmessigheten av at administrasjonssjefen sitter i styret for kommunalt eide selskaper.

### **Revisors vurdering**

At habilitetsspørsmålet er behandlet i eget fremlegg til Odelstinget, viser at det ikke er automatikk i at en administrasjonssjef ikke kan delta i slikt styrever arbeid.

Revisor tolking av lovfremlegget er at administrasjonssjef kan sitte i styret for ØFAS ANS. Videre kan han/hun overlate til den øvrige administrasjonen i kommunen å saksforberede kjøp av tjenester fra et selskap, selv om vedkommende er medlem av styret i selskapet som selger tjenesten. Kommunen, som i dette tilfelle har utpekt styremedlemmet, må veie fordelene av at styret nyter godt av denne personens kunnskaper opp mot konsekvensene det får for behandlingen i kommunen.

Revisor vil likevel presisere at det er nødvendig, for at administrasjonssjefen ved behandling av forvaltningssaker, ikke deltar i behandling av dette i kommunen.

### **Revisors anbefaling**

Hvis kommunestyret ikke har vurdert fordelene av at styret nyter godt en administrasjonssjefs kunnskap inn i det selskapet han er styremedlem i, opp mot konsekvensene det får for behandlingen i kommunen, bør de gjøre det.

## **5 REVISORS ANBEFALINGER**

### **Revisors anbefaling**

1. ØFAS ANS innfrir ikke kravet til kontroll over A. Masternes Transport AS, slik det er forutsatt i veilederen for offentlige anskaffelser, og bør derfor konkurranseutsette kjøp av transporttjenesten som nå kjøpes fra Masternes AS.
2. De aktuelle selskap i ØFAS konsernet bør etterleve alle krav i lov om offentlig anskaffelser.
3. Hvis kommunestyret ikke har vurdert fordelene av at styret nyter godt administrasjonssjefen i Vardøs kunnskaper på området, opp mot konsekvensene det får for behandlingen i kommunen, bør de gjøre det.