

## NOTAT

OSLO, 15. DESEMBER 2010

ANSVARLIG ADVOKAT:  
MARIANNE H. DRAGSTENTIL: FINNMARK KOMMUNEREVISJON IKS  
FOR: BJØRN IVAR GUSTAVSENFRA: MARIANNE H. DRAGSTEN, SILJE  
G. ULLEBUST & EVA LINN  
GJERLAUGVÅR REF.:  
1662488/4**VURDERING AV RAPPORTER - ØFAS OG OFFENTLIGE ANSKAFFELSER****1. Innledning**

Vi er blitt bedt om å vurdere de konklusjoner som fremkommer av Finnmark Kommunerevisjon IKS sine rapporter vedrørende Øst-Finnmark avfallsselskap ANS (heretter benevnt ØFAS) hva gjelder offentlige anskaffelser.

ØFAS er et heleid kommunalt selskap, og eies i dag av kommunene Berlevåg, Båtsfjord, Nesseby, Sør-Varanger, Tana, Vadsø, Vardø og Utsjok.

Som grunnlag for vår vurdering har vi mottatt:

- Rapport – Øst-Finnmark avfallsselskap ANS Utvidet selskapskontroll
- Rapport – Øst-Finnmark avfallsselskap ANS Selskapskontroll Offentlige anskaffelser
- Selskapsavtalen til ØFAS

Vår vurdering er i stor grad basert på det faktum som fremkommer i rapportene. I tillegg har vi innhentet selskapsvedtektene til ØFAS Husholdning AS og A. Masternes Transport AS fra Brønnøysundsregistrene.

De rettslige problemstillingene som ligger til grunn for konklusjonene vedrørende offentlige anskaffelser i rapportene, er juridisk kompliserte. Vi har derfor funnet det vanskelig å kun kommentere rapporten fortløpende. Vi har derfor valgt å innledningsvis i punkt 2 gi en kort oversikt over reglene om egenregi før vi går nærmere inn på de juridiske vurderingene i punktene 3 til 5. I punkt 3 vil vi behandle de ulike problemstillingene som knytter seg til egenregi, i punkt 4 vil vi komme med en kommentar knyttet til ØFAS sine tidligere anskaffelser og i punkt 5 behandler vi de inhabilitetsspørsmål som er problematisert i rapportene.

## 2. Kort om egenregi

### 2.1 Vilkår for at en anskaffelse kan sies å være foretatt i egenregi

Et grunnleggende krav for at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse, er at det foreligger en anskaffelse. Dette er forstått slik at det må være inngått en kontrakt mellom en oppdragsgiver og en leverandør, jf. definisjonen av kontrakt i anskaffelsesforskriften av 7. april 2006 nr. 402 § 4-1 bokstav a. Dette innebærer at kontrakten må være inngått mellom to selvstendige rettssubjekter, jf. EU-domstolens sak C-107/98 (Teckal) hvor det i premiss 47 uttales: *"For så vidt angår spørsmålet, om der foreligger en aftale, må den nationale ret undersøge, om der er indgået en aftale mellem to forskellige personer"*. Utgangspunktet er etter dette at anskaffelser som foretas fra andre juridiske personer enn en selv, vil være en anskaffelse underlagt regelverket så lenge man selv er et offentlig eller offentligrettslig organ.

I visse tilfeller kan en leveranse anses for å være i egenregi og av den grunn falle utenfor anskaffelsesregelverket og dens krav til konkurranse. Dette vil være tilfelle der man innenfor samme rettssubjekt leverer tjenester til hverandre. Også der kommunen har valgt å skille ut enkelte funksjoner i egne selskaper, altså i egne rettssubjekter, kan det i mange tilfeller bli ansett som egenregi. Begrunnelsen for dette er at man ikke ønsker at anskaffelsesregelverket skal legge unødvendige begrensninger på de offentlige organers ønske om en hensiktsmessig organisering av sin virksomhet. Der flere offentlige organer går sammen og skiller ut deler av sin virksomhet til en virksomhet som eies av dem i fellesskap, kan det også være snakk om egenregi.

For at en leveranse mellom to rettssubjekter skal anses som egenregi må to vilkår være oppfylt, jf. Teckal-dommen:

1. Leverandøren må være underlagt en kontroll tilsvarende den som anskaffelsesmyndigheten selv utøver over interne organer (kontrollvilkåret).
2. Leverandøren sin omsetning må i det vesentlige være knyttet til den kontrollerende myndighet (omsetningsvilkåret). Dette er i praksis fortolket til å bety minst 90%, jf. blant annet EU-domstolens sak C-295/05 premiss 64.

Det er viktig å være oppmerksom på at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt og at egenregi foreligger. Det holder derfor ikke at man ikke kan sannsynliggjøre at selskapet ikke oppfyller kravene. Selskapet må vise at de oppfyller kravene.

### 2.2 Nærmere om kontrollvilkåret

Som det fremgår ovenfor, er kontroll som følge av eierskapet ikke i seg selv tilstrekkelig for å statuere den nødvendige kontroll etter læren om egenregi. Det må foretas en konkret vurdering av kontrollen de offentlige oppdragsgiverne har med oppdragstaker. Vilkåret vil være oppfylt når

oppdragsgiver kan påvirke selskapets beslutninger. Videre er det avgjørende at oppdragsgivers innflytelse er bestemmende både i forhold til selskapets strategi og viktige beslutninger.

Det var lenge usikkert hvorvidt kontrollvilkåret ville være oppfylt dersom flere offentlige organer eier et foretak sammen, eksempelvis gjennom et interkommunalt selskap (IKS). Dette spørsmålet var oppe for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i sak 2005/251 som gjaldt et interkommunalt IKT-selskap som flere Agder kommuner eide i fellesskap. Flertallet i den saken gikk inn for at også kontrollvilkåret måtte anses oppfylt dersom eierne samlet utøvet kontrollen over selskapet. Flertallets syn ble for så vidt velsignet av et obiter dictum i Høyesterett, gjengitt i Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest IKS) i premiss (103). Det samme er lagt til grunn i Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser som ble utgitt i 2006 på s. 33.

Spørsmålet er nå også avklart av EU-domstolen i sak C-324/07 (Coditel Brabant) premiss 43 flg. EU-domstolen viser til at når offentlige oppdragsgivere velger å utføre public service-oppgaver gjennom en felles enhet, vil dette normalt utelukket at en av oppdragsgiverne alene vil kunne utføre den nødvendige kontrollen, noe som igjen i stor grad vil stenge for å løse slike oppgaver i fellesskap. Dette vil imidlertid ikke være i overensstemmelse med prinsippet om at det er oppdragsgiver som bestemmer hvordan arbeidsoppgavene skal organiseres og at offentlige oppdragsgivere skal kunne samarbeide med andre for å utføre sine oppgaver. Det legges derfor til grunn at det ved vurderingen av hvorvidt kontrollvilkåret er oppfylt, kan sees hen til den samlede kontrollen de offentlige eierne har. Kontrollen skal dermed som hovedregel vurderes samlet for de offentlige eierne. Unntak kan imidlertid tenkes dersom en av de offentlige eierne har en helt ubetydelig eierandel, jfr. i den retning EU-domstolens sak C-231/03 (Coname) premiss 24 hvor en eierandel på 0,97 % ble ansett for liten til at den nødvendige kontrollen forelå.

En senere sak C-573/07 (Sea) fra september 2009 bekrefter Coditel Drabant-dommen hvor det i premiss (59) uttales at *"såfremt flere offentlige myndigheter ejer et selskab, til hvilken de overdrager utførelsen af en af deres publicservice-opgaver, kan de offentlige myndigheders kontrol med dette selskab føres i fællesskab af dem (jf. i denne retning Coditel Drabant-dommen, præmis 50)"*.

### **3. Problemstillinger knyttet til egenregi**

#### **3.1 Innledning**

I rapportene har Finnmark Kommunerevisjon IKS stilt to spørsmål knyttet til egenregi:

1. Kan kommunene overlate en kontrakt om innsamling av husholdningsavfall og næringsavfall til ØFAS uten å konkurranseutsette oppdraget?

2. Kan ØFAS overlate en kontrakt til A. Masternes Transport AS uten å konkurransesutsette oppdraget?

Så vidt vi kan se er det tre ulike problemstillinger som vi må ta stilling til. Det første er om kommunene kan overlate en kontrakt til ØFAS i egenregi. Det andre er hvorvidt kommunene og/eller ØFAS kan overlate en kontrakt til ØFAS Husholdning AS i egenregi, og det tredje hvorvidt de kan overlate en slik kontrakt til A. Masternes Transport AS.

Disse tre problemstillingene vil vi gjennomgå i det følgende.

### **3.2 Kan kommunene overlate en kontrakt om innsamling av husholdningsavfall og næringsavfall til ØFAS uten å konkurransesutsette oppdraget?**

#### Kontrollvilkåret:

ØFAS er 100% eid av 7 norske og 1 finsk kommune. Representantskapet består av 1 medlem fra hver eierkommune. Hvert medlem har et antall stemmer basert på innbyggertallet i sin kommune. Representantskapet har etter selskapsavtalen påvirkningsmulighet på alle selskapets viktige beslutninger, slik som

- hva selskapet skal drive med og i hvor stort omfang
- vedta selskapets budsjett og regnskap, samt økonomiplan
- velge styret og styrets leder
- gi fullmakter til styret

Hver kommune har også 1 medlem i selskapets styre, jf. selskapsavtalen § 7.

I likhet med Finnmark Kommunerevisjon IKS finner vi derfor at kommunene har tilstrekkelig kontroll over ØFAS. Som det fremgår av punkt 2.2 ovenfor, er det tilstrekkelig at kommunene samlet utøver kontroll over selskapet.

#### Omsetningsvilkåret:

Vi har ikke fått informasjon om ØFAS sin omsetning, men så vidt vi forstår har ØFAS trolig ikke noen egen omsetning, men omsetning gjennom sine datterselskaper. Selskapet her etter selskapsavtalen heller ikke økonomisk erverv som formål.

Ved spørsmål om kommunene kan overlate en kontrakt om innsamling av avfall til ØFAS i egenregi, må man derfor vurdere dette i forhold til det relevante datterselskapet. Vi viser derfor til punkt 3.3 og 3.4 nedenfor.

### **3.3 Kan ØFAS/kommunene overlate en kontrakt om kjøp av tjenester til ØFAS Husholdning AS uten å konkurransesutsette oppdraget?**

#### Kontrollvilkåret:

ØFAS Husholdning AS er 100% eid av ØFAS og aksjene kan ikke overdras til andre, jf. vedtektene § 8. I vedtektene til ØFAS Husholdning AS heter det videre at styret og styrets leder utnevnes av generalforsamlingen, jf. § 5. Selskapets generalforsamling er styrets leder i morselskapet (ØFAS), jf. § 6.

Kommunene har derfor, gjennom sin styring med ØFAS, også 100% kontroll over datterselskapet ØFAS Husholdning AS.

Det forhold at det er å anse som et datterselskap, skal ikke ha betydning for om kontrollvilkåret er oppfylt. Vi viser for øvrig til at hensynet bak reglene om egenregi er at det offentlige fritt skal kunne organisere sin virksomhet ut fra økonomiske og administrative formål uten at dette har betydning for hvorvidt de kan utføre oppgaver selv eller ikke.

På denne bakgrunn finner vi, i likhet med Finnmark Kommunerevisjon IKS, at kontrollvilkåret er oppfylt i forhold til ØFAS Husholdning AS.

#### Omsetningsvilkåret:

Avgjørende for om omsetningsvilkåret er oppfylt, er om ØFAS Husholdning AS har kontrakter med andre enn kommunene/ØFAS. Dersom det er tilfelle, er spørsmålet om dette utgjør mer enn ca 10% av selskapets omsetning. I så fall vil omsetningsvilkåret ikke være oppfylt.

Av vedtektenes § 3 heter det at selskapet ikke har økonomisk erverv som formål, og at selskapet skal drive med innsamling, transport, mottak, gjenvinning og behandling av den lovpålagte kommunale plikten for husholdningsavfall og slam. Det ser derfor ut til at selskapet ikke har omsetning fra andre enn ØFAS og kommunene. Basert på dette kan det synes som om også omsetningsvilkåret er oppfylt.

Både vilkåret om kontroll og omsetning er i så fall oppfylt. ØFAS kan dersom forutsetningene om at omsetningsvilkåret er oppfylt, stemmer, overlate en kontrakt til ØFAS Husholdning AS i egenregi.

### **3.4 Kan ØFAS/kommunene overlate en kontrakt om kjøp av tjenester til A. Masternes Transport AS uten å konkurransenutsette oppdraget?**

Når det gjelder kontrollvilkåret vises det til punkt 3.2 og 3.3 ovenfor. Så vidt vi kan se har A. Masternes Transport AS like vedtekter som ØFAS Husholdning AS hva gjelder kontroll. Vi kan derfor som utgangspunkt ikke se at det er grunnlag for å hevde at kravet til kontroll ikke er oppfylt, slik det legges opp til i rapportens punkt 3.3. I rapporten er det vist til at franchiseavtalen med Retura Norge legger føringer på selskapets drift. Vi har ikke mottatt denne. Det er ikke vanlig at en franchiseavtale fratar styret, aksjonærene og generalforsamlingen den nødvendige kontrollen, men det kan selvfølgelig ikke utelukkes at denne særskilte franchiseavtalen innebærer en sterk begrensning i ledende organers kontroll med selskapet.

Avgjørende for om omsetningsvilkåret er oppfylt, er som nevnt om A. Masternes Transport AS har kontrakter med andre enn kommunene/ØFAS. Vi har per i dag ikke mottatt informasjon om dette. Av rapporten fremkommer at det er fri konkurranse om innsamling av næringsavfall i regionene, og at mange transportører i markedet tilbyr disse tjenestene. I selskapsvedtektene § 3 er det skrevet at selskapet også skal kunne delta i selskap i samme bransje. Mye tyder derfor på at A. Masternes Transport AS har kontrakter med andre enn sine eierkommuner.

Dersom det er tilfelle må dette utgjøre under 10% av omsetningen til selskapet for at en kontrakt kan sies å være i egenregi. I motsatt fall er vilkåret ikke oppfylt, og kontrakt om kjøp av tjenester kan ikke gis til selskapet uten at man konkurranseutsetter oppdraget i medhold av anskaffelsesregelverket.

#### **4. Gjennomgang av ØFAS tidligere kjøp av tjenester, herunder om disse er i samsvar med regelverket**

##### **4.1 Generelt**

Vi viser til rapporten punkt 4.5.

For ordens skyld påpekes at EØS-terskelverdiene ble endret i februar, og er nå på kr. 1,6 millioner eks. mva for vare- og tjenestekontrakter og kr. 40,5 millioner eks. mva for bygge- og anleggskontrakter. Terskelverdiene var før dette på henholdsvis 1,65 millioner eks. mva. og 41 millioner eks. mva. Da ny forskrift kom i 2006 var terskelverdiene på henholdsvis 1,7 millioner eks. mva. og 43,5 millioner eks. mva.

Samtlige av de leveranser som er gjennomgått, er under EØS-terskelverdi. Dette medfører at forskriftens del I og II gjelder, med mindre et av unntakene i forskriften § 2-1(2) kommer til anvendelse.

I rapportens punkt 4.3 er det gitt en redegjørelse for hvilke anskaffelsesprosedyrer som er tillatt. Vi finner grunn til å påpeke at konkurranseformen konkurransepreget dialog kun er tillatt dersom anskaffelsen følger anskaffelsesforskriften del III, dvs. over EØS-terskelverdiene og ikke for uprioriterte tjenester, og vilkårene i anskaffelsesforskriften § 14-2 er oppfylt.

I punkt 4.4 er det skrevet om den såkalte "hasteprosedyren" i forskriften § 2-1(2)(c). Innledningsvis er det grunn til å påpeke at dette unntaket, og de øvrige unntakene i annet ledd, er snevre unntaksregler. Det er også viktig å være oppmerksom på at reglene ikke danner et unntak fra hovedregelen om at anskaffelsen skal være basert på konkurranse, slik det er skrevet i rapporten. Anskaffelser som omfattes av regelverket (slik som eksempelvis hasteprosedyren) må alltid følge forskriftens del I samt anskaffelseslovens regler. Dette

innebærer krav til blant annet konkurranse. Vi viser til de grunnleggende kravene til alle anskaffelser som er oppstilt i anskaffelsesloven § 5 og forskriften § 3-1.

I det følgende vil vi knytte enkelte kommentarer til de ulike anskaffelsene som er gjennomgått i rapporten.

#### **4.2 2003 Deponigassanlegg – teknisk leveranse**

Anskaffelsen er over kr. 500 000,- og skulle derfor vært kunngjort, med mindre unntakene i § 2-2 (2) kommer til anvendelse.

I rapporten er det vist til unntaket i bokstav a, som gjelder for det tilfellet at anskaffelsen kun kan foretas hos én leverandør i markedet. Anvendelse av denne unntaksbestemmelsen forutsetter at det er godtgjort at det kun er én leverandør i markedet som i det hele tatt kan levere den ytelsen anskaffelsen omfatter. Dette er en tung bevisbyrde for oppdragsgiver og det skal mye til for at unntaksbestemmelsen kan anvendes. I rapporten er det vist til at det var 4 kjente produsenter av denne type anlegg. Vilkåret er følgelig ikke oppfylt, og konkurransen skulle derfor vært kunngjort.

#### **4.3 2004 Gjenbruksstasjon Berlevåg**

Basert på den informasjon som vi har mottatt, har vi ingen kommentar til det som er skrevet i rapporten vedrørende anskaffelsesregelverket.

I rapporten er det opplyst at styreleder i ØFAS var underentreprenør for Tana Bygg AS. Dersom det i tilbudet var opplyst at styreleder skulle være underentreprenør, kan styreleder anses inhabil til å både tilrettelegge grunnlag for anskaffelsen og gjennomføre anskaffelsen. Vi viser til punkt 5 nedenfor.

#### **4.4 2007 Sorteringshall Gassanjarga**

Basert på den informasjon som vi har mottatt, har vi ingen kommentarer utover det som er skrevet i rapporten vedrørende anskaffelsesregelverket.

#### **4.5 2008 Gjenbruksstasjon Båtsfjord**

Basert på den informasjon som vi har mottatt, har vi ingen kommentarer utover det som er skrevet i rapporten vedrørende anskaffelsesregelverket.

#### **4.6 2009 Oppgradering deponi – renseanlegg**

Anskaffelsen er over kr. 500 000,- og skulle derfor vært kunngjort, med mindre unntakene i § 2-2 (2) kommer til anvendelse.

I rapporten er det vist til unntaket i bokstav a, som gjelder for det tilfellet at anskaffelsen kun kan foretas hos én leverandør i markedet. I rapporten er det også vist til at det var 3 kjente produsenter av denne type anlegg. Vilkåret er følgelig ikke oppfylt, og konkurransen skulle derfor vært kunngjort.

Styreleder i ØFAS var leverandør av grunnarbeidene ved denne anskaffelsen. Forutsatt at det var ØFAS som var oppdragsgiver for oppdateringen av deponiet, må styreleder i ØFAS her anses å ha vært inhabil med hensyn til å tilrettelegge og å fatte avgjørelsen og anskaffelsen av grunnarbeidene. Av rapporten fremkommer at styreleder allerede før beslutning om utbedring ble fattet, ble erklært inhabil. Styreleder har derfor ikke hatt befatning med anskaffelsen. Tildelingen er følgelig ikke ugyldig, se punkt 5 nedenfor.

#### **4.7 2009 Oppgradering deponi – oppgradering celle 3**

Prosjektet som helhet hadde et budsjett på kr. 2 000 000,-. Arbeidet var imidlertid fordelt på 3 ulike kontrakter, henholdsvis membran, nett og masseflytting. I tillegg kom kjøp av port. Membranleveransen var budsjettet til kr. 800 000,-. Grunnarbeidene var beregnet til kr. 500 000,-, jf. rapportens punkt 4.2.1.

Det er oppdragsgivers forsvarlige beregning av kontraktsverdi som skal legges til grunn for vurderingen av hvilken del av regelverket som kommer til anvendelse. Dersom oppdragsgiver på forhånd beregner verdien til kr. 500 000,- eller mer skal forskriftens del II få anvendelse med mindre unntakene i anskaffelsesforskriften § 2-2 (2) kommer til anvendelse.

For øvrig finner vi grunn til å påpeke at det ikke er anledning til å dele opp en anskaffelse i det formål å unngå at forskriftens del II får anvendelse. Dersom kontraktene om henholdsvis membran, nett og masseflytting retter seg mot samme leverandørmarked eller har en annen tett tilknytning til hverandre, vil kontraktene måtte sees i sammenheng. Vi har ikke nok informasjon til å vurdere om dette er tilfelle.

I det følgende forutsettes derfor at i hvert fall to av anskaffelsene var beregnet til over kr. 500 000,-. Anskaffelsene skulle derfor vært kunngjort, med mindre et av unntakene i anskaffelsesforskriften § 2-1(2) kommer til anvendelse.

I rapporten er det vist til unntaket i bokstav a og c som mulige unntaksregler.

Når det gjelder bokstav a gjelder disse bestemmelsene for det tilfellet at anskaffelsen kun kan foretas hos én leverandør i markedet. Av rapporten fremkommer at det var flere leverandører som kunne levere tilbud på masseflytting. Denne kontrakten oppfyller derfor ikke vilkåret. I ettertid har det vist seg at arbeidet beløpet seg til kr. 478 000,-. Det kan derfor ikke sies å være en grov feil når kontrakt ikke er kunngjort i medhold av forskriftens del II.



Når det gjelder de to andre kontraktene er det vist til at det av hensyn til garantiansvar og produktkompatibilitet var nødvendig å benytte samme leverandør som tidligere. Vi vil påpeke at det skal svært mye til for at unntaket i § 2-1 annet ledd bokstav a kan komme til anvendelse, men vi har ikke nok informasjon for å vurdere om dette er oppfylt i vårt tilfelle.

Når det gjelder unntaket i annet ledd bokstav c, som gjelder der "anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse", er dette også en svært snever unntaksregel. Bestemmelsen kommer kun til anvendelse der forholdet som medfører at anskaffelsen haster, er utenfor oppdragsgivers kontroll. I dette tilfellet ble oppdragsgiver allerede i 2008 informert av fylkesmannen om at deponiet ikke ville bli godkjent. I likhet med Finnmark Kommunerevisjon IKS finner vi at det derfor ikke foreligger uforutsette omstendigheter som gir grunnlag for å benytte denne unntaksregelen. Konkurransen skulle derfor vært kunngjort.

Manglende kunngjøring medfører at konkurransen er å anse som en direkteanskaffelse. ØFAS risikerer derfor å bli ilagt overtredelsesgebyr dersom dette blir brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser og klagenemnda finner at dette er grovt uaktsomt eller forsettlig.

Styreleder i ØFAS var leverandør av grunnarbeidene ved denne anskaffelsen. Forutsatt at det var ØFAS som var oppdragsgiver for oppdateringen av deponiet, må styreleder i ØFAS her anses å ha vært inhabil med hensyn til å tilrettelegge og å fatte avgjørelsen og anskaffelsen av grunnarbeidene. Av rapporten fremkommer at styreleder allerede før beslutning om utbedring ble fattet, ble erklært inhabil. Styreleder har derfor ikke hatt befatning med anskaffelsen. Tildelingen er følgelig ikke ugyldig, se punkt 5 nedenfor.

## **5. Habilitet**

### **5.1 Generelt**

I rapporten stilles det spørsmål ved om en styreleder i et heleid kommunalt selskap er inhabil ved behandling av anskaffelser fra et selskap vedkommende er styreleder for. Videre stilles det spørsmål ved om en administrasjonssjef i en kommune er inhabil ved behandling av anskaffelser fra et heleid kommunalt selskap han samtidig er styremedlem i.

Innledningsvis finner vi grunn til å påpeke at for det tilfelle at det foreligger egenregi, vil det ikke være tale om inhabilitet. I slike tilfeller vil det ikke være å anse som en anskaffelse.

For saker som omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser, gjelder forvaltningslovens (fvl) regler om habilitet, jf forskriftens § 3-7. Etter fvl § 6 første ledd vil en representant hos oppdragsgiver automatisk anses inhabil til å tilrettelegge og treffe avgjørelse om en anskaffelse dersom han er part i saken eller står i et slikt forhold til en part som angitt i bestemmelsens første ledd. Etter fvl § 6 annet ledd, vil inhabilitet foreligge dersom det ellers foreligger "andre

særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet.” Det er ved denne vurderingen ikke av betydning om personen faktisk er eller anser seg selv som inhabil, men hvordan omverdenen oppfatter dette.

Verv i heleide offentlige foretak som er part i saken medfører ikke automatisk inhabilitet, jf fvl § 6 første ledd bokstav e. Imidlertid kan det i henhold til praksis fra KOFA og domstolene i slike tilfeller anses å foreligge særegne forhold som gjør vedkommende inhabil. Dette gjelder for eksempel der det offentlig eide selskapet opptretter i konkurranse eller konflikt med ikke-kommunale institusjoner eller selskaper. I Rt.1998 s 1398 ble tre medlemmer hos et fylkesutvalg ansett inhabile da de samtidig hadde styreverv hos leverandøren som var et heleid offentlig foretak. I tillegg var styreformannen hos leverandøren samtidig fylkesutvalgets leder. I en sak fra klagenemnda, 2003/259, ble det konstatert inhabilitet da en person var administrerende direktør hos både oppdragsgiver og leverandør.

Et annet eksempel er Rt.2007 s.983. Daglig leder hos oppdragsgiver (et interkommunalt selskap) var samtidig styreleder og registrert daglig leder hos en av leverandørene - som også var et datterselskap til oppdragsgiver. Daglig leder hos oppdragsgiver ble derfor ansett inhabil til både å tilrettelegge og å fatte avgjørelse i anskaffelsesprosessen.

## **5.2 Er styreleder inhabil og automatisk utelukket fra å få oppdrag i ØFAS når vedkommende samtidig er styreleder i selskapet?**

For det første tas det i rapporten stilling til om styreleder i ØFAS er inhabil ved behandlingen av en anskaffelse da han samtidig er styreleder i selskapet til en aktuell leverandør for den konkrete anskaffelsen.

Av faktum omtalt i rapportens punkt 4.5 og 5.1.1.1 kan det synes som om styreleder i ØFAS personlig har fått oppdrag fra ØFAS, som selvstendig næringsdrivende, og ikke ”kun” er styreleder i det selskapet. Dette ble bekreftet av Bjørn Ivar Gustavsen i e-post av 3. desember 2010.

Når ØFAS skal tilrettelegge og avgjøre en anskaffelse, vil styreleder bli automatisk ansett som inhabil dersom han samtidig er aktuell som leverandør i form av å være selvstendig næringsdrivende. Dette fordi han da vil være å anse som ”part i saken”, jf. fvl § 6 første ledd bokstav a. Dersom han er styreleder i et selskap som er aktuelt som leverandør vil han også være inhabil fordi dette vil være å anse som et særegent forhold som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet, jf. fvl § 6 annet ledd.

I rapporten er det videre stilt spørsmål om styreleder i ØFAS automatisk er utelukket fra å få oppdrag i ØFAS når vedkommende samtidig er selvstendig næringsdrivende leverandør eller styreleder hos en potensiell leverandør. Et slikt resultat vil kunne stride mot kravet til

likebehandling i anskaffelsesregelverket. Det er antagelig tilstrekkelig at styreleder i ØFAS unnlater å delta ved både tilrettelegging og avgjørelse av anskaffelser i ØFAS i de tilfellene der han selv også er en aktuell leverandør. Det stilles imidlertid strenge krav til at styreleder ikke får informasjon om anskaffelsen som andre ikke får og at han på alle måter likebehandles i konkurransen.

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

I rapporten stilles det endelig spørsmål om en administrasjonssjef i en kommune kan være styremedlem i ØFAS og samtidig behandle innkjøp av tjenester fra selskapet.

Spørsmålet er om dette vil være å anse som et særegent forhold som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet, jf. fvl § 6 annet ledd. Som nevnt ovenfor medfører ikke verv i heleide offentlige foretak automatisk inhabilitet, men når det i dette tilfellet er administrasjonssjefen i kommunen som er styremedlem i det offentlige foretaket, vil det måtte anses å foreligge særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til administrasjonssjefens upartiskhet.

Administrasjonssjefen i kommunen vil derfor være inhabil til å behandle innkjøp fra ØFAS og datterselskapene til ØFAS, dersom dette ikke skjer i egenregi.

### **5.4 Konsekvens av at inhabilitetsreglene ikke følges**

Konsekvensen av inhabilitet er at den inhabile ikke kan være med å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller treffe denne, jf. fvl § 6 første ledd. I tillegg vil alle i samme organ som er direkte underordnet den som er inhabil, også anses inhabile til å treffe en avgjørelse. Dette gjelder imidlertid ikke med hensyn til saksforberedelse og saksutredning. Dersom en som er inhabil allikevel har vært med på å tilrettelegge grunnlaget eller truffet avgjørelsen, er konsekvensen at vedtaket om tildeling må anses ugyldig dersom inhabiliteten kan ha virket inn på resultatet.