

Advokatfirmaet Haavind AS
Bygdøy allé 2
Pb 359 Sentrum
NO-0101 Oslo

T: (+47) 22 43 30 00
F: (+47) 22 43 30 01
Org. nr.: NO 986 420 177 MVA
www.haavind.no

Haavind 

Haavind Nyhetsbrev 2010/3

Offentlige anskaffelser

Ulovlig direkte anskaffelse av administrerende direktør til helseforetak

Av advokatfullmektig Erlend Dahl

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) fattet 6.mai 2010 gebyrvedtak mot Helse Stavanger HF for ulovlig direkte anskaffelse av midlertidig administrerende direktør til helseforetaket. Saken reiser flere interessante spørsmål, dels om grensen mellom ansettelseskontrakter og konsulentavtaler, dels om vilkårene for å inngå kontrakt uten forutgående kunngjøring og dels om vilkårene for illeggelse av overtredelsesgebyr, samt den nærmere utmålingen av gebyret.

Administrerende direktør i Helse Stavanger HF fratradte sin stilling med umiddelbar virkning 4. november 2008. Det var behov for

å fylle stillingen på midlertidig basis, og helseforetaket tok direkte kontakt med en aktuell kandidat som var villig til å ta oppdraget gjennom sitt konsulentselskap. "Avtale om kjøp av konsulent tjenester" ble signert mellom helseforetaket og konsulentselskapet i januar 2009. Konsulenten tiltrådte 1. mars 2009. Demokratene Hordaland klaget helseforetaket inn for KOFA og anførte at det var foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Helseforetaket gjorde for det første gjeldende at avtalen mellom partene i realiteten var en ansettelseskontrakt, og derfor unntatt fra anskaffelsesreglene. Etter anskaffelsesforskriften § 1-3 annet ledd bokstav d) gjelder ikke anskaffelsesreglene for ansettelseskontrakter. Verken loven, forskriften eller anskaffelsesdirektivet regulerer direkte hvordan grensen mellom ansettelseskontrakter og konsulentavtaler skal trekkes. KOFA tar utgangspunkt i hvordan begrepet "arbejdsavtaler" i EU-direktivet tolkes etter EU-retten. KOFA ser først hen til avtalens form, og peker på at den i det ytre fremsto som en konsulentavtale i overskriften og gjennom ordbruken i flere av bestemmelsene. Etter EU-retten er det utvilsomt innholdet av avtalen som er det avgjørende. Ved vurderingen av avtalens innhold peker KOFA på at flere momenter kunne trekke i retning av ansettelsesavtale. Avtalen la opp til en betydelig instruksjonsrett for oppdragsgiver, det var påkrevd en personlig ytelse av den konkrete konsulenten og det kunne ikke utledes noen resultatforpliktelse av kontrakten. Kontraktsforpliktelser deles ofte inn i resultat-

Advokatfirmaet Haavind AS

Bygdøy allé 2

Pb 359 Sentrum

NO-0101 Oslo

T: (+47) 22 43 30 00

F: (+47) 22 43 30 01

Org. nr.: NO 986 420 177 MVA

www.haavind.no

Haavind

og innsatsforpliktelser, etter som kontraktøren har ansvaret for et bestemt resultat, eller om han kun har ansvar for å yte en forsvarlig profesjonell innsats. Tradisjonelt har man gått ut fra at en konsulent normalt tar på seg en resultatforpliktelse, mens en ansatt kun tar på seg en innsatsforpliktelse. KOFA viser her til at dette skillet ikke kan være avgjørende, ettersom mange konsulentavtaler både er knyttet til en bestemt person og ikke innebærer noen resultatforpliktelse. KOFA la også vekt på at vederlaget ble betalt etter faktura, og at Helseforetaket ikke skulle betale sosiale kostnader for den administrerende direktøren. Avtalen fastsatte dessuten 30-dagers oppsigelsesrett, dvs. i strid med det som følger av bindende regler i arbeidsmiljøloven. KOFA konkluderte med at avtalen var en konsulentavtale, dvs. en tjenestevtale som i utgangspunktet skulle ha vært kunngjort.

Til det innvendte helseforetaket at de uansett var unntatt fra kunngjøringsplikten fordi det forelå særlige forhold som ikke skyldtes helseforetaket og som helseforetaket ikke kunne forutse, og som gjorde det umulig å overholde fristene i forskriften, jf. anskaffelsesforskriftens § 14-4 bokstav d). De påberopte særlige forholdene besto særlig i den umiddelbare og uforutsette fratredelsen av tidligere daglig leder, den prekære økonomiske og administrative situasjonen og Helseforetakets viktige samfunnsmessige funksjon. Helseforetaket anførte at det ville være umulig å gjennomføre en anskaffelsesprosess etter forskriftens hasteprosedyrer på under 6 måneder. KOFA tok utgangspunkt i at unntaksbestemmelsen fra kunngjøringsplikten i tråd med fast EU-praksis må tolkes restriktivt. Etter ordlyden må det foreligge omstendigheter som gjør det umulig for oppdragsgiver å følge fristene etter forskriften, herunder også at det er umulig å bruke de kortere fristene etter den såkalte hastebestemmelsen i § 19-5. KOFA understreker at "umulig" er et meget strengt

krav, og fant ikke at helseforetaket var under et slikt press at det ikke ville være mulig å gjennomføre en hastesankaffelse på forsvarlig vis. KOFA la blant annet vekt på at det gikk fire måneder fra fratredelsen til faktisk tiltredelse av den nye lederen. Et slikt tidsrom kan indikere at det tilsynelatende prekære behovet ved fratredelsen, i realiteten viste seg ikke å være dramatisk. Det var derfor ikke grunnlag for å unnlate kunngjøring. Denne delen av avgjørelsen understreker kunngjøringsplikten for oppdragsgiver og at unntak fra denne skal ha en meget sterk begrunnelse. Det skal mye til for at en oppdragsgiver skal kunne nytte kunngjøring etter hastebestemmelsene, og enda mer til for å unnlate kunngjøring på grunn av uforutsette forhold.

For det tredje anførte helseforetaket at det uansett ikke forelå grov uaktsomhet fra helseforetakets side ved inngåelsen av avtalen, hvilket er et vilkår for illeggelse av gebyr etter anskaffelseslovens § 7b første ledd. KOFA tok utgangspunkt i at helseforetaket i henhold til protokollen selv hadde vurdert at konsulentavtaler må inngås etter kunngjøring og konkurranse i henhold til anskaffelsesreglene. Helseforetaket hadde på det grunnlag vurdert og konkludert med at anskaffelsen kunne unntas kunngjøring etter hasteregelen i 14-4. Helseforetaket hadde tatt et bevisst standpunkt til fortolkningen av adgangen til å unnlate kunngjøring, og denne rettsforståelsen viste seg å være uriktig. Helseforetaket hadde ikke vurdert å bruke de korte fristene etter hastebestemmelsen i § 19-5, og KOFA la vekt på at helseforetaket hadde vært oppmerksom ved betenkelighetene ved å unnlate kunngjøring, men at man likevel valgte direkte anskaffelse, og konkluderer med at handlemåten var grovt uaktsom. Helseforetakets handlemåte må sies å ligge nokså klart innenfor det grovt uaktsomme; det var konstatert at avtalen var en konsulentavtale og foretaket tok trolig for

Advokatfirmaet Haavind AS
Bygdøy allé 2
Pb 359 Sentrum
NO-0101 Oslo

T: (+47) 22 43 30 00
F: (+47) 22 43 30 01
Org. nr.: NO 986 420 177 MVA
www.haavind.no

Haavind 

lett på de strenge vilkårene for å unnlate kunngjøring etter 14-4.

Den feilaktige bruken av det snevre unntaket samtidig som helseforetaket var klar over betenkelighetene, førte også til at gebyret ble fastsatt til 12,5%, dvs. i det øvre sjikt av gebyrskalaen (maks 15%). Det trakk i skjerpende retning at avtalen ble inngått for mer enn 12 måneder, og at avtalen også ble forlenget en periode.

Rekkevidden av unntaket for kjøp og leie av fast eiendom – klagenemndas sak 2009/53

Av advokat Marianne H. Dragsten

Klagenemnda har avsagt en ny uttalelse om rekkevidden av unntaket for kjøp og leie av fast eiendom i anskaffelsesforskriften § 1-3(2)(b). Klagenemnda uttaler at ved vurderingen av om det foreligger en bygge- og anleggskontrakt eller en anskaffelse som omfattes av unntak, kan det ikke tillegges avgjørende betydning at oppdragsgiver ikke har fastlagt detaljerte spesifikasjoner for utformingen av bygget. Oppdragsgiver ble ilagt gebyr på

2,2 millioner som utgjorde ca 8 % av kontraktens verdi.

Klagenemndas sak 2009/53 (Haukeli og Edlands Næringslag) gjaldt erverv av en parkeringskjeller som ikke var oppført på tidspunktet for avtaleinngåelse. Klagenemnda har tidligere i sakene 2007/112, 2007/124 og 2009/1 slått fast at det ikke er et vilkår for at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse at bygningen eksisterer på kontraktsinngåelsestidspunktet. Spørsmålet var dermed i saken hvorvidt det i realiteten gjaldt en bygge- og anleggskontrakt eller kjøp av fast eiendom.

Klagenemnda påpekte at det ikke hadde noen betydning for vurderingen at oppdragsgiver selv hadde klassifisert kontrakten som erverv av parkeringskjeller, da det er kontraktens realitet som er avgjørende for hvorvidt man står overfor en bygge- og anleggskontrakt eller erverv av bygning. Oppdragsgiver hadde hatt en betydelig påvirkning og innflytelse på byggeprosjektet fra planleggingsfasen av. I avtalen mellom oppdragsgiver og entreprenør fremgikk det at oppdragsgiver gjennom kjøp av grunn skulle sikre det området som entreprenøren trengte til oppføring av en bygning og at oppdragsgiver skulle bygge en parkeringskjeller under dette bygget. Klagenemnda viste til at det i henhold til EU-domstolens sak C-536/07 ble ansett avgjørende for hvorvidt det foreligger en bygge- og anleggskontrakt om arbeidene blir utført i overensstemmelse med oppdragsgivers spesifiserte behov. EU-domstolen synes imidlertid ikke å stille krav mht graden av oppdragsgivers spesifikasjoner. Klagenemnda viste videre til kommisjonens veileder til det nå opphevede bygge- og anleggsdirektivet (direktiv 93/37) hvor det fremgår at den delen av definisjonen av bygge- og anleggskontrakt som gjelder "utførelse på en hvilken som helst måte av et

bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver" ble valgt fordi offentlige myndigheter ofte overlot større deler av utformingen til medkontrahenten. Dette tilsier at det ikke kan tillegges avgjørende betydning at oppdragsgiver ikke har fastlagt detaljerte spesifikasjoner for utformingen av bygget. EU-domstolen har også fremhevet at definisjonen av en bygge- og anleggskontrakt må fortolkes på en slik måte at den sikrer anskaffelsesregelverkets effektive virkning, jf premiss 52 i sak C-399/08 (Scala). I klagenemndas sak 2009/53 (Haukeli og Edlands Næringslag) hadde oppdragsgiver spesifisert som anskaffelsesbehov en parkeringskjeller med mellom 110 og 150 parkeringsplasser. På tidspunktet hvor anskaffelsesprosessen ble initiert var det også klart at anskaffelsesbehovet ville måtte dekkes ved oppføring av parkeringskjelleren. Dette var for foreliggende avtale tilstrekkelig for at anskaffelsen måtte anses som en bygge- og anleggskontrakt.

Oppdragsgiver hadde anført at kontrakten uansett ikke var kunngjøringspliktig da det kun var entreprenøren som satt på tomten som kunne oppføre parkeringskjelleren. Til dette bemerket klagenemnda at oppdragsgiver opprinnelig var eier av tomten og hadde overført denne til entreprenøren. Oppdragsgiver hadde dermed selv etablert situasjonen og kunne dermed ikke påberope seg anskaffelsesforskriften § 2-1 bokstav a om at det kun er én leverandør.

For den ulovlige direkte anskaffelsen fant klagenemnda at det var grunnlag for å illegge gebyr. Selv om det forelå juridiske vurderinger som påpekte en rekke forhold som tilsa at avtalen ikke ville være i samsvar med regelverket om offentlige anskaffelser valgte oppdragsgiver å gå videre. Det var grovt uaktsomt. Med hensyn til størrelsen av gebyret ble det lagt vekt på at oppdragsgiver tok en bevisst risiko ved å inngå kontrakt uten

forutgående kunngjøring.

Omgåelsesbetraktninger talte i skjerpende retning. Klagenemnda understreket også at det var et skjerpende forhold at det dreier seg om en kontrakt av stor verdi. Selv om kontraktspartene hadde konkurranseutsatt arbeidene gjennom en privat anbudskonkurranse, var dette ikke gjort på vegne av oppdragsgiver, men i eget navn. Gebyrets størrelse ble satt til kr 2. 200 000 som utgjorde ca. 8 % av kontraktens verdi.

Siste nummer av Nyhetsbrevet i papirversjon

Dette er siste nummer av nyhetsbrevet i papirversjon. Fra høsten av vil Nyhetsbrevet kun utgis elektronisk.

Har du ennå ikke meldt fra at du ønsker å stå som mottaker av den elektroniske utgaven, send en e-post til Marianne H. Dragsten; m.dragsten@haavind.no og du vil bli registrert som mottaker.

Nye håndhevelsesregler på høring

NOU 2010:2 er nå på høring med høringsfrist 20. september 2010. Haavind vil komme med en kommentar til høringsrunden på www.haavind.no når denne er utløpt.