



Forvaltningsrevisjon | Sogn og Fjordane fylkeskommune

Anskaffing av advokat- og rådgjevingstenester i «Fjord1-saka»

«Anskaffing av advokat- og
rådgjevingstenester i «Fjord1-
saka»»

Oktober 2016

Rapporten er utarbeidd for
Sogn og Fjordane fylkeskommune
av Deloitte AS.

Deloitte AS
Postboks 6013 Postterminalen,
5892 Bergen

Samandrag

Kontrollutvalet i Sogn og Fjordane fylkeskommune avgjorde i møte 3. mars 2016 følgjande;

Kontrollutvalet ber om at SF Revisjon gjer ei vurdering av avtalen mellom fylkeskommunen og Wiersholm/DHT opp imot Lov om offentlege anskaffingar, inkl. korleis tilleggsoppdraga forhold seg til føresegnene.

Etter at SF Revisjon sa frå seg oppdraget, blei det avtalt at Deloitte skulle gjere vurderinga av avtaleforholda mellom Sogn og Fjordane fylkeskommune og advokatselskapet Wiersholm, Melbye & Bech, advokatfirma AS, som seinare har endra namn til Advokatfirmaet Wiersholm AS, og rådgivingselskapet DHT Corporate Services AS.

Forvaltningsrevisjonen er gjennomført i juni og juli 2016, og er utført i samsvar med gjeldande standard for forvaltningsrevisjon (RSK 001). Forvaltningsrevisjonen baserer seg på analyse og juridisk vurdering av innhenta dokumentasjon knytt til anskaffinga.

Etter gjennomgang og vurdering av opplysningar i saka opp mot reglane for offentlege anskaffingar er det Deloitte si vurdering at SFF har kjøpt tenester frå både DHT og Wiersholm utan at reglane for offentlige innkjøp er følgt.

Innhald

Samandrag	3
1. Innleiing	6
2. Anskaffingar frå DHT og Wiersholm	8
3. Anskaffingar frå DHT – vurdering opp mot reglane for offentlege anskaffingar	10
4. Anskaffingar frå Wiersholm – vurdering opp mot reglane for offentlege anskaffingar	17
5. Fylkesrådmannen sin kommentar til rapporten	22
6. Deloitte sitt svar til fylkesrådmannen sin kommentar til rapporten	28
7. Konklusjon	31
Vedlegg 1: Sentrale dokument og litteratur	32

Samandrag	3
1. Innleiing	6
1.1 Bakgrunn og føremål	6
1.2 Metode	6
1.3 Revisjonskriterium	6
2. Anskaffingar frå DHT og Wiersholm	8
2.1 Bakgrunn	8
2.2 Kronologi	8
3. Anskaffingar frå DHT – vurdering opp mot reglane for offentlege anskaffingar	10
3.1 Korleis er dei aktuelle anskaffingane føretatt?	10
3.2 Ligg det føre ein «kontrakt» mellom SFF og DHT?	11
3.3 Kva tenester er omfatta av kontraktane mellom SFF og DHT?	11
3.4 Verdien av kontraktane med DHT	13
3.5 Kva delar av regelverket for offentlege anskaffingar gjeld for kontraktane?	13
3.6 Vurdering i forhold til reglane for offentlege anskaffingar	16
4. Anskaffingar frå Wiersholm – vurdering opp mot reglane for offentlege anskaffingar	17
4.1 Korleis er dei aktuelle anskaffingane føretatt?	17
4.2 Føreligg det «kontrakt» mellom SFF og Wiersholm	17
4.3 Verdien av kontraktane med Wiersholm	18
4.4 Kva anskaffingar er føretatt frå Wiersholm	18
4.5 Kva delar av regelverket for offentlege anskaffingar gjeld for kontrakten?	19
4.6 Vurdering i forhold til reglane for offentlege anskaffingar	19
5. Fylkesrådmannen sin kommentar til rapporten	22
6. Deloitte sitt svar til fylkesrådmannen sin kommentar til rapporten	28
7. Konklusjon	31
Vedlegg 1: Sentrale dokument og litteratur	32

1. Innleiing

1.1 Bakgrunn og føremål

Kontrollutvalet i Sogn og Fjordane fylkeskommune avgjorde i møte 3. mars 2016 følgjande;

Kontrollutvalet ber om at SF Revisjon gjer ei vurdering av avtalen mellom fylkeskommunen og Wiersholm/DHT opp imot Lov om offentlege anskaffingar, inkl. korleis tilleggsoppdraga forhold seg til føresegnene.

Etter at SF Revisjon sa frå seg oppdraget, er det avtalt at Deloitte skal gjere vurderinga av avtaleforholda mellom Sogn og Fjordane fylkeskommune (heretter «SFF») og advokat-selskapet Wiersholm, Melbye & Bech, advokatfirma AS, som seinare har endra namn til Advokatfirmaet Wiersholm AS (heretter «Wiersholm») og rådgivingselskapet DHT Corporate Services AS (heretter «DHT»).

1.2 Metode

Oppdraget er utført i samsvar med gjeldande standard for forvaltningsrevisjon (RSK 001).

Forvaltningsrevisjonen baserer seg på analyse og juridisk vurdering av innhenta dokumentasjon knytt til anskaffinga. Oversikt over sentral dokumentasjon og kjelde-materiale ligg i vedlegg 2.

Oppdraget er gjennomført i juni og juli 2016.

Datadelen av rapporten er sendt til fylkesrådmannen for verifisering, og eventuelle faktafeil er retta opp i den endelege versjonen. Høyringsutkast av rapporten blei deretter sendt til fylkesrådmannen for kommentar/uttale. Fylkesrådmannen sin høyringsuttale/kommentar og revisjonen sitt svar på fylkesrådmannen sin høyringsuttalen/kommentar er inkorporert som høvesvis kapittel 5 og 6 i den endelege rapporten.

1.3 Revisjonskriterium

Revisjonskriteria er dei krav og forventningar som forvaltningsrevisjonsobjektet skal bli vurdert opp mot. Kriteria er utleia frå autoritative kjelder i samsvar med krava i gjeldande standard for forvaltningsrevisjon. I dette prosjektet er revisjonskriteria i hovudsak henta frå lov og forskrift om offentlege anskaffingar.

SFF er underlagt reglane for offentlege anskaffingar jf. lov om offentlege anskaffelser¹ (heretter «lova») § 2, og følgelig gjeld loven for alle anskaffingar av varer og tenester som fylkeskommunen foretar, jf. lova § 3.

Som pliktsubjekt etter loven må SFF følgje dei krav som kjem fram i lova § 5 ved alle anskaffingar;

¹ Lov om offentlege anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69

Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører.

En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse.

I medhold av lova § 16 er det gitt forskrifter til utfylling og gjennomføring av lova, mellom anna forskrift om offentlige anskaffelser² (heretter «forskrifta»).

SFF er også underlagt forskrifta jf. § 1-2 (1) og forskrifta gjeld følgelig i utgangspunktet også for alle vare- eller tenesteanskaffingar SFF foretar, såframt forskrifta sjølv ikkje gjev relevant unntak. Forskrifta § 1-3 angir unntaksføresegnene.

Ut frå omfattande retts- og forvaltningspraksis må det utleiast at bevisbyrda for å nytte unntak frå forskrifta sine regler kviler på den som vil nytte unntaket, at unntaksføresegnene er uttømmande, og at dei skal tolkast restriktivt.

Kva delar av prosedyrereglane i forskrifta som vert nytta på det enkelte innkjøp, varierer etter anskaffinga sin art og verdi, jf. forskrifta § 2-1.

² Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402

2. Anskaffingar frå DHT og Wiersholm

2.1 Bakgrunn

Det er opplyst følgjande om bakgrunnen for dei aktuelle anskaffingane som er føretatt frå DHT og Wiersholm³:

I 2009 gjorde fylkestinget i Møre og Romsdal fylkeskommune vedtak om tilretteleggje for sal av fylkeskommunen sin aksjepost (41 %) i Fjord1 Nordvestlandske AS. I samband med dette engasjerte majoritetseigaren Sogn og Fjordane fylkeskommune først juridisk bistand (Wiersholm) og deretter finansiell bistand (DHT Corporate Services AS) for å få eigarstrategiske råd i saka.

Fylkestinget i Møre og Romsdal fylkeskommune gjorde vedtak om sal av aksjeposten i april 2011. I august same år gjorde fylkestinget i Sogn og Fjordane fylkeskommune vedtak om ikkje å nytte forkjøpsretten til aksjane.

I mars 2014 reengasjerte Sogn og Fjordane fylkeskommune dei to selskapa. Mandatet gjekk ut på å oppdatere og vurdere Fjord1 sin økonomiske status og fylkeskommunen sine handlingsalternativ som eigar av 59 % av aksjane i Fjord1 gjennom holdingselskapet F1 Holding AS.

2.2 Kronologi

Basert på framlagde dokument har denne saka følgjande overordna kronologi:

Når	Hending	Kommentar
2009	MRFK ⁴ avgjer tilrettelegging for sal av sin aksjepost	
06.2009	SFF engasjerer Wiersholm, utan konkurranse / utlysning	Oppdragsstadfesting: «Eierdiskusjoner, Fjord1 AS».
04.2010	Mini-konkurranse, innhenting av tilbod på finansiell rådgiving	To alternativ som skal vurderast; (i) MRFK selg sine aksjar og det kjem inn ny eigar (ii) MRFK sel sin aksjepost, SFF brukar sin forkjøpsrett
06.2010	SFF engasjerer DHT	Oppdragsmandat: bistand ifbm vurderingar knytt til eigarstrategi dersom MRFK sel sin aksjepost,

³ Ref. brev av 13. juni 2016 til Deloitte fra SFF ved Tore Eriksen og Svein Hågård

⁴ Møre og Romsdal fylkeskommune

		SFFK ønskjer å engasjere ein rådgjevar for å vurdere korleis fylkeskommunen skal forholde seg til mogleg utfall av MRFK sin prosess.
04.2011	MRFK avgjer å selje aksjepost	
08.2011	SFF vedtar å ikkje tiltre forkjøpsrett	
08.2011	Notat til SFF frå Wiersholm / DHT	<i>I korte trekk omhandlar notatet (av 2011) strategiske vurderingar knytt til SFJs aksjepost i Fjord1. Bakgrunnen for notatet var at fylkesrådmannen bl.a. hadde fått aksept for å (i) gå i dialog med Havila om ein tilfredsstillande aksjonæravtale, og (ii) undersøkje interesse, strategi og betalingsvilje for ein majoritetspost i Fjord1 frå andre industrielle kjøparar, ved sal av 51 %, 66 % eller 100 % av aksjane i Fjord1. Notatet gav ei utgreiing av fylkesrådmannens prosess knytt til dette, fram mot ein anbefaling til løysing av eigarposisjonane i Fjord1.⁵</i>
03.2014	SFF engasjerer Wiersholm og DHT, konferer «Strategiske eierskapsvurderinger- mandat», inklusiv fire vedlegg, frå Wiersholm, datert 28.03.14. Eitt av vedlegga er «Oppdragsvilkår for DHT [...]» som etter det Deloitte forstår er oppdragsstadfesting frå DHT ovanfor SFF.	<i>Mandatet gjekk ut på å oppdatere og vurdere Fjord1 sin økonomiske status og fylkeskommunen sine handlingsalternativ som eigar av 59 % av aksjane i Fjord1 gjennom holdingselskapet F1 Holding AS.⁶</i>
11.2015	SFF vedtar (23.11.15) salg av sin aksjepost	
12.2015	SFF engasjerer Wiersholm, Oppdragsstadfesting datert 02.12.15:	<i>Juridisk bistand i samband med lovlegkontroll, jf. kommuneloven § 59</i>
12.2015	SFF engasjerer Wiersholm, Oppdragsstadfesting datert 02.12.15:	<i>Juridisk bistand og eventuelt oppdrag som prosessfullmektig i tvist om forkjøpsrett for aksjar i Fjord1AS⁷</i>
12.2015	SFF engasjerer Wiersholm Oppdragsstadfesting datert 02.12.15:	<i>Konkurranserettsleg bistand i samband med sal av aksjar i F1 Holding AS</i>
12.2015	SFF engasjerer Wiersholm Oppdragsstadfesting datert 02.12.15:	<i>Bistand i samband med medias begjæring om innsyn i dokument knytt til fylkeskommunens salg av aksjer i F1 Holding AS</i>

⁵ Fra «Notat – Mandat» av 28. mars 2014, fra Wiersholm til SFF.

⁶ Fra brev av 13. juni 2016, fra SFF til Deloitte

⁷ Det er opplyst i brev av 13. juni 2016 at dette oppdraget ikkje blei fullført siden det var F1 Holding AS, og ikkje SFF, som var saksøkt

3. Anskaffingar frå DHT – vurdering opp mot reglane for offentlege anskaffingar

3.1 Korleis er dei aktuelle anskaffingane føretatt?

I følgje SFF sitt brev av 13. juni 2016 til Deloitte, innhenta SFF tilbod om finansiell rådgivning i 2010 ved å sende direkte invitasjon til fire potensielle leverandørar; DHT, ABG Sundal Collier, Deloitte AS og Arctic Securities ASA⁸, med følgjande skildring av oppdraget:

Sogn og Fjordane fylkeskommune og Møre og Romsdal fylkeskommune eig Fjord 1 Nordvestlandske AS i lag, med høvesvis 59 % og 41 %. Møre og Romsdal fylkeskommune har signalisert at dei er interesserte i å selje sin aksjepost i Fjord1 Nordvestlandske AS.

Fylkesrådmannen i Sogn og Fjordane fylkeskommune er av fylkestinget beden om å greie ut/vurdere konsekvenser/mogleigheiter for fylkeskommunen i samband med dette.

Vi syner til vedlagte saksprotokoll frå fylkestinget, sak nr 05/10, der det går fram at det er to alternativ som no skal vurderast:

Møre og Romsdal fylkeskommune sel aksjeposten, og det kjem inn ny eigar.

Møre og Romsdal fylkeskommune sel aksjeposten, Sogn og Fjordane fylkeskommune kjøper ved å utnytte forkjøpsretten.

[..]

Fylkesrådmannen skal nytte ekstern konsulentbistand i prosessen, og har knytt til seg advokatfirmaet Wiersholm som juridisk kompetanse. Vi ønskjer dykkar tilbod på finansiell rådgjevnad. Val av rådgjervar vil følge lov om offentlege anskaffingar, men er unnateke forskrift om offentlege anskaffingar, jf. forskrifta § 1-3(2) e).

Fylkesrådmannen ser for seg at prosessen vil ha to fasar, der den første gjeld tilrettelegging/posisjonering ut frå det vedtaket som er gjort i fylkestinget, enn så lenge vi ikkje veit meir om kva Møre og Romsdal fylkeskommune vil gjere. Den andre fasen vil vere ein opsjon som vil bli aktuell dersom Møre og Romsdal fylkeskommune tek steg som gjer at vi må handle raskt. [..]

SFF opplyser i same brev til Deloitte at i «2014 vart DHT reengasjert utan at oppdraget vart konkurranseutsett», og deretter viser dei til at i 2009 «[..]vart Wiersholm, Mellbye & Bech advokatfirma AS engasjert direkte av fylkeskommunen, jf. vedlegg 1, utan konkurranse. Då fylkeskommunen i 2014 på ny sette eigarposisjonen i Fjord1 på dagsorden, vart Wiersholm reengasjert utan at oppdraget vart konkurranseutsett. Som påpeika over i pkt. 1, var mandatet i 2014 å oppdatere arbeidet som var avslutta ca. 2 1/5 år tidlegare».

⁸ Jf. lagt fram kopi av brev av 28. april 2010

Revisjonen reknar med at dette betyr at også DHT blei engasjert i 2014 av same grunn som Wiersholm.

3.2 Ligg det føre ein «kontrakt» mellom SFF og DHT?

For at reglane for offentlege anskaffingar skal gjelde på det her aktuelle forholdet mellom SFF og DHT, må det foreligge ein «kontrakt» mellom partane. «Kontrakt» er i forskrifta § 4-1 bokstav a) definert som «*gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører*»

Vi viser til ovannemnde dokumentasjon, oppdragsmandat/oppdragsvilkår og faktura. Det må med grunnlag i denne dokumentasjonen kunne slåast fast at det føreligg «kontrakt» mellom partane, og at DHT har levert tenester til SFF mot betaling.

Det er vår vurdering av anskaffingane i 2010 og 2014 må vurderast som to forskjellige kontraktar. Vi viser i denne samanhengen til at det går to og eit halvt år frå oppdraget frå 2010 vert avslutta (med notatet av august 2011) til nytt engasjement i mars 2014. I tillegg er SFF si avgjerd om å ikkje selje eller kjøpe aksjar offentleggjort, og slik sett er også det «transaksjonsmoment» som eventuelt legitimerer bruk av unntaket i forskrifta ikkje lenger gyldig. Dette medfører etter Deloitte si vurdering at engasjementet i 2014 må vurderast separat i forhold til engasjementet i 2009-2011. Kontraktane med DHT frå 2010 og 2014 må derfor vurderast kvar for seg i forhold til anskaffingsreglane.

3.3 Kva tenester er omfatta av kontraktane mellom SFF og DHT?

Vurderingen av kva tenester SFF har føretatt frå DHT må skje ut frå framlagt dokumentasjon/opplysning, ref. ovanfor under punkt 1.3.

Kontrakt 2010:

Av oppdragsmandatet datert 29. juni 2010, kjem det fram at DHT sitt oppdrag gjeld «*[..] bistand i forbindelse med vurderinger knyttet til eierstrategi dersom Møre og Romsdal fylkeskommune (heretter omtalt som «MRFK») selger sine aksjer i Fjord1 Nordvestlandske AS [..]*», og at denne bistanden meir konkret gjeld:

Fase 1 – Konsekvensutredning

Innholdet i denne fasen er å bli kjent med faktagrunnlaget, gjøre de grunnleggende kartleggingene/analysene og utarbeide rapport til fylkeskommunen.

- Kartlegge de potensielle kjøperne av henholdsvis 41% og 100% av aksjene i Fjord1*
- Analyse/beskrivelse av de nye aktuelle medeierne og hva kan vi forvente av dem*
- Analyse av eierstrategiske og verdimessige konsekvenser av å få en ny medeier på 41%*
- Undersøke/kartlegge muligheter for finansiering dersom SFFK ønsker å benytte forkjøpsretten i samarbeid med SFFK*

Målsettsettingen med denne fasen er å være så godt forberedt som mulig til et eventuelt salg av MRFKs aksjepost i Fjord1.

Fase 2 – Tiltak basert på at MRFK selger aksjepost i Fjord1

Det vil kun være aktuelt å gå over til fase 2 dersom MRFK selger aksjeposten i Fjord1. DHTs arbeidsoppgaver i denne fasen vil avhenge av valget SFFK gjør, og vil inneholde følgende:

- A. *Beholde aksjene i Fjord 1 og gå i dialog med ny medeier – DHT tar initiativ til møte med ny medeier for å legge på plass en felles plattform for videre utvikling av*

selskapet, og går sammen med juridisk rådgiver i forhandlinger om en ny aksjonæravtale.

- B. Benytte forkjøpsretten – DHT sørger sammen med juridisk rådgiver for at kjøpet av aksjeposten blir gjennomført. Dersom det er aktuelt å selge selskapet senere, vil DHT gjennomføre salgsprosessen.
- C. Selge aksjer parallelt med MRFK – DHT gjennomfører salgsprosess og forhandlinger om salg av aksjeposten på vegne av fylkeskommunen

Kontrakt 2014:

Skildringa av DHT sitt oppdrag frå 2014 går fram av vedlegg 4 til dokument frå Wiersholm «Notat – Mandat av 28. mars 2014. Vedlegg 4 har forside med teksten «Oppdragsvilkår for DHT Corporate Services AS («Rådgiver») i forbindelse med strategisk rådgivning vedrørende eierskapet i Fjord1 AS («Selskapet») for Sogn og Fjordane fylkeskommune («Oppdragsgiver»).» Utover dette framstår innhaldet i dokumentet som standardvilkår for oppdrag frå DHT, og utan nærare skildring av det konkrete oppdraget for SFF.

Revisjonen forstår likevel dokumentet «Notat – Mandat» slik at det også skildrar det oppdraget som vert tildelt DHT i 2014. Av «Notat – Mandat» går følgjande fram:

I forbindelse med den strukturerte prosessen for et mulig salg av MRFs aksjepost, utredet SFK enkelte sentrale problemstillinger og handlingsalternativer knyttet til SFJs eierposisjon i Fjord1 ved et slikt salg. Wiersholm og DHT Corporate Services AS («DHT») bisto SFK i denne forbindelse, og utformet herunder blant annet notatet «Møte i Fylkesutvalget i Sogn og Fjordane fylkeskommune» datert 12. august 2011. Notat fulgte som vedlegg i FT-sak 42/11 (eigarposisjon i Fjord1), og er unntatt offentlighet jfr ofl §§15 og 23 jfr 12.

Vi er nå bedt om å oppdatere dette notatet. I det følgende fremgår et forslag til nærmere mandat for en slik oppdatering.

I korte trekk omhandler notatet (av 2011) strategiske vurderinger knyttet til SFJs aksjepost i Fjord1. Bakgrunnen for notatet var at fylkesrådmannen bl.a. hadde fått aksept for å (i) gå i dialog med Havila om en tilfredsstillende aksjonæravtale, og (ii) undersøke interesse, strategi og betalingsvilje for en majoritetspost i Fjord1 fra andre industrielle kjøpere, ved salg av 51 %, 66 % eller 100 % av aksjene i Fjord1. Notatet gav en redegjørelse for fylkesrådmannens prosess knyttet til dette, frem mot en anbefaling til løsning av eierposisjonene i Fjord1.

På bakgrunn av de signal vi har mottatt fra fylkesrådmannen forstår vi at det er aktuelt å få en fornyet analyse, oppdatering og vurdering av:

- i. *Fjord1s økonomiske status, portefølje – og markedsmessige posisjon, og utsikter fremover; og*
- ii. *Aktuelle handlingsalternativer knyttet til SFJs eierposisjon i Fjord1.*

Oppdraget vil da omfatte rettslige vurderinger både knyttet til Fjord1s virksomhet og til muligheter og begrensninger for SFJs eierskap.

Samtidig vil oppdraget i tillegg til juridiske forhold også omfatte finansielle og kommersielle vurderinger, som bl a verdivurdering av Fjord1, markedsmessige vurderinger mv. Oppdraget bør derfor etter vårt syn gjøres i samarbeid med en finansiell rådgiver.

Vi forstår det slik at en ønsker en form for oppdatering av notatet fra 2011, men at det ikke nødvendigvis er slik at hele prosessen fra 2011 skal gjøres på nytt. Omfanget av prosessen vil kunne avstemmes og avklares nærmere underveis i oppdraget.

Ordlyden i nemnte dokument indikerer at tenestene frå DHT (begge kontraktane) er anskaffa til vurdering av ein potensiell transaksjon, og mykje talar derfor for at dette er finansielle tenester i den her aktuelle forståing, og at unntaket i forskrifta § 1-3 (2) bokstav e) dermed gjeld. Det kan likevel ikkje ut frå dokumenta i saka utelukkast at DHT sine oppdrag omfattar andre tenesteytingar enn finansielle tenester.

3.4 Verdien av kontraktane med DHT

Det er ikkje lagt fram opplysningar om verdien på kontrakt mellom SFF og DHT frå 2010.

Ut frå dokumentasjonen som er lagt fram, er fakturert netto honorar NOK 5 128 413,00 i perioden 11. juni 2014 – 17. februar 2016. Diverse utlegg som reisekostnader etc. er ikkje tatt med i honorarsummeringa.

Revisjonen tar atterhald om korrekt sum for honorar. Vi viser i denne samanhengen til at enkelte opplysningar i fakturakopiar er sladda⁹, samt at det er til dels uklåre formuleringar i fakturateksten. Vidare er same faktura (fakturanummer 7708) lagt fram i to kopiar, men i vår summering har revisjonen berre tatt med denne fakturaen ein gang. Alle fakturaer frå DHT er stila til Wiersholm, og Wiersholm har gjort utlegg på vegner av SFF. Vi nemner derfor i denne samanhengen også at det i faktura frå Wiersholm (fakturanummer 214395), der det vert fakturert utlegg for betaling til DHT, vert vist til to utlegg på hhv. netto NOK 87 500 og NOK 299 038. Det er likevel lagt fram to kopiar av faktura frå DHT som bekreftar NOK 87 500. Begge fakturakopiane har vidare same fakturanummer (7850). Vi har her lagt til grunn at aktuell faktura frå Wiersholm er korrekt, men at det er feil i underbilaga til denne. Vi har derfor lagt til grunn honorar på hhv. NOK 87 500 og NOK 299 038 i totalsummen ovanfor.

3.5 Kva delar av regelverket for offentlege anskaffingar gjeld for kontraktane?

Det må jf. ovanfor konstanterast at SFF har føretatt anskaffing av tenester frå DHT to ganger, og at desse anskaffingane er regulert av lova. Sett hen til verdien av anskaffingane frå DHT gjeld i utgangspunktet også forskrifta, i alle høve for 2014 kontrakten. Det er ikkje er oppgitt verdi/honorar for 2010 kontrakten, men ut frå oppdragsbeskrivinga i tilbudsinvitasjonen¹⁰ for 2010-kontrakten og oppdragsbeskrivinga for 2014-kontrakten, kan ein gå ut frå at 2010-kontrakten har ein verdi som minst tilsvarar verdien av 2014-kontrakten.

SFF har sjølv indikert at unntaket i forskrifta § 1-3 (2) bokstav e, er aktuelt for vurdering i denne samanhengen jf. følgjande uttale¹¹:

Vi oppfattar det slik at vi i denne omgang ikkje skal uttale oss om dei rettslege vurderingane som låg til grunn for anskaffingane, heller ikkje delavtalane vi inngjekk med Wiersholm i desember 2015. Vi nemner likevel kort at forskrifta om offentlege anskaffingar ikkje kjem til nytte på «kontrakter om finansielle tenester ... », jf. forskrifta § 1-3 (2), bokstav e. Unntaket gjeld ifølgje det dåverande Fornyings- og administrasjonsdepartementet sin rettleiar, pkt. 2.2.2, også andre tenester som vert kjøpt i samband med finansielle tenester, t.d. kjøp av juridisk bistand

⁹ Ref. korrespondanse mellom SFF v/ Hågård og Deloitte i denne anledning, så har ikkje SFF faktura/underbilag til faktura fra DHT som ikkje er sladdet

¹⁰ Ref. brev av 28. april 2010 frå SFF til DHT, ABG Sundal Collier, Deloitte AS og Arctic Securities ASA

¹¹ Ref. brev av 13. juni 2016 til Deloitte fra SFF

Deloitte er einige i at det i denne sammenhengen kan vere relevant å vurdere å nytte unntaket i forskrifta § 1-3 (2) bokstav e). Deloitte vurderer også at dette er det einaste unntaket frå forskrifta som *kan* kome til å gjelde for forholdet.

Problemstillinga er då kva tenester som er omfatta av unntaket i § 1-3 (2) bokstav e.

Ordlyden i unntaket er;

kontrakter om finansielle tenester i forbindelse med emisjon, kjøp, salg og overdragelse av verdipapirer eller andre finansinstrumenter, særlig transaksjoner utført av offentlige oppdragsgivere for å skaffe til veie penger eller kapital, samt sentralbanktenester,

Ordlyden inneber at unntaket har tre kumulative vilkår; kontrakten må gjelde (i) finansielle tenester (ii) som er ytt i relasjon til ein transaksjon (iii) av verdipapir eller andre finansielle instrument.

Det er etter kvart juridisk konsensus om at unntaket for finansielle tenester i forskrifta § 1-3 (2) bokstav e) ikkje berre gjeld snevert for finansielle tenester. Det er slik sett også aksept for at andre tenester også kan vere omfatta av unntaket såframt dei er tilstrekkeleg nært knytt til ein relevant transaksjon. Det kan derfor vere utan betydning kva teneste som faktisk vert levert, så lenge den har tilstrekkeleg tilknytning til transaksjonen. Vilkåret (i) er dermed av meir underordna karakter såfremt de øvrige vilkåra er oppfylde.

Jf. beskrivelsen ovanfor under punkt 3.3 består tenestene som er avtalte mellom SFF og DHT i 2010 av to fasar; ei konsekvensutgreiing og ein eventuell fase basert på at MRFK beslutta sal av sin aksjepost.

Etter vårt syn er det ein slik samanheng mellom desse «oppdragsfasane» at det er naturleg å sjå dei samla sjølv om fase to er latent. Som det også går fram av oppdragsbeskrivinga er konsekvensfasens formål «å være så godt forberedt som mulig til et eventuelt salg av MRFKs aksjepost i Fjord1.». Dette taler etter vårt syn for at dei aktuelle tenestene som vert anskaffa frå DHT er knytt til ein potensiell transaksjon, anten sal eller kjøp, av aksjar i Fjord1 AS.

Det er som nemnt vanskeleg å utleie konkret kva tenester DHT har ytt. Ut frå informasjon på DHT si eiga nettside yter selskapet hovudsakleg tenester som vert sett som finansielle tenester i den her aktuelle forstand; typisk verddivurderingar og tradisjonell transaksjonsrådgjeving.

Vilkåra (ii) og (iii) om tenesteytingar i relasjon til ein transaksjon av verdipapir eller andre finansielle instrument, synest opplagt til stades for 2010 kontrakten jf. oppdragsfase to og den nemnde koplinga mellom fasane 1 og 2, og at eventuell transaksjon gjeld aksjar.

Også når det gjeld oppdraget som vart avtalt mellom SFF og DHT i 2014, så er det ut frå opplysingane i saka vanskeleg å vurdere konkret kva tenesteytingar kontrakten gjeld, og følgjeleg kva delar av regelverket for offentlege anskaffingar som vert gjeldande for dette kontraktsforholdet.

Samla sett fremstår det som om unntaket i forskrifta § 1-3 (2) bokstav e kan brukast på både kontrakten frå 2010 og kontrakten for 2014, men det kan ikkje utelukkast at delar av kontraktsforholda gjeld tenester som tilseier at dei alminnelege prosedyrereglane i forskrifta gjeld.

Lova skal likevel uansett brukast på kontraktsforholda mellom SFF og DHT.

Vi viser her til lova sin § 3 om at lova generelt gjeld anskaffingar av varer og tenester, og at unntaksbestemmingane i forskrifta berre fastset at forskrifta ikkje gjeld, sjå forskrifta § 1-3 (2); «**Forskriften** får ikke anvendelse på..» (vår utheving).

Det at lova gjeld ei kvar anskaffing, sjølv om kontrakten er unntatt frå forskrifta sitt verkeområde, er det også brei einigheit om i juridisk teori, sjå f.eks. Dragsten¹² i kapittel 28 og 29 om grunnleggjande krav til alle anskaffingar.

Dette er også lagt til grunn i forvaltningspraksis. Vi viser i denne samanheng til mellom anna følgjande saker frå Klagenemnda for offentlige anskaffelser:

KOFA 2003/23:

Med opplyst kontraktsvolum i kontraktperioden ligger anskaffelsen under forsyningsforskriftens terskelverdier, jf. § 12, slik at forsyningsforskriften likevel ikke kommer til anvendelse. Dette innebærer at den aktuelle og anskaffelsen må vurderes i henhold til de generelle bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser.

KOFA 2003/243:

Selv om verken forsyningsforskriften eller forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse på forholdet, følger det av lov om offentlige anskaffelser § 5 at oppdragsgiver så langt det er mulig, skal basere anskaffelser på konkurranse.

Den samme rettsforståing er også lagt til grunn i statens *Veileder til reglene for offentlige anskaffelser*;

side 17:

Regelverket omfatter alle typer anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider, uavhengig av anskaffelsens verdi og om kontrakten gjelder kjøp, leie eller leasing.

Forskriftens § 1-3 annet ledd oppstiller imidlertid noen unntak. Selv om en anskaffelse er omfattet av et av unntakene, kommer lov om offentlige anskaffelser som hovedregel til anvendelse. Det vil si at oppdragsgiver må følge de grunnleggende kravene i lovens § 5 om konkurranse, likebehandling, gjennomsiktighet, etterprøvbarehet osv,..]

side 62:

Visse grunnleggende prinsipper gjelder for alle anskaffelser, uavhengig av anskaffelsens art og verdi. Dette gjelder blant annet kravene til konkurranse, god forretningsskikk, forholdsmessighet, likebehandling av leverandører, forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet. Noen av prinsippene er delvis overlappende. Kravene er nedfelt i lovens § 5[..]

Visse kontrakter er unntatt anskaffelsesforskriftens anvendelsesområde. Som hovedregel er de imidlertid omfattet av anskaffelsesloven. I utgangspunktet vil derfor de grunnleggende kravene også gjelde når anskaffelsen ikke omfattes av forskriften, men kun loven.

Det at lova gjeld betyr også at § 5 i lova gjeld for kontraktsforholda.

¹² Marianne H. Dragsten, Offentlige anskaffelser, regelverk, praksis og løsninger, 2013

3.6 Vurdering i forhold til reglane for offentlege anskaffingar

Som det går fram under punkt 3.5 meiner Deloitte at det ut frå den skriftlege dokumentasjonen i denne saka ikkje med sikkerheit kan slåast fast om kontraktane mellom SFF og DHT gjeld «finansielle tenester» i forskrifta si forstand, og då heller ikkje om unntaket i § 1-3 (2) bokstav e) kan brukast eller om anskaffingane frå DHT er ulovlege direkteanskaffingar, jf. forskrifta § 4-1, q).

I brev av 26. august 2016, «Forvaltningsrevisjonsrapport – anskaffing av advokat- og rådgivingstenester – uttale til faktum», gir fylkesrådmann og juridisk sjef hos SSF følgjande kommentar til punkta 3.3, 3.5 og 3.6 ovanfor; «*I rapportutkastet kan ikkje Deloitte utelukke at oppdraga til DHT omfatta anne enn finansielle tenester i forskrift sin forstand. Vi vil difor stadfeste at DHT, både i 2010-11 og i 2014-16, berre har ytt finansielle tenester knytta til ein mogleg transaksjon.*»

SFF har gjennomført ein viss konkurranse før kontraktsinngåing i 2010. Slik denne konkurransen er opplyst gjennomført, har den i alle fall sikra ein viss konkurranse i tråd med lova sine generelle krav jf. § 5 andre ledd. Legg vi til grunn at DHT kun har ytt finansielle tenester omfatta av unntaket i § 1-3 (2) bokstav e), som stadfesta i brev av 26. august 2016, er regelverket følgt forut for engasjementet i 2010.

Før engasjementet i 2014 er det ikkje gjennomført nokon form for konkurranse, og heller ikkje dokumentert nokon vurdering eller søk etter alternative leverandørar til DHT. Etter lova § 5 andre ledd skal konkurranse gjennomførast så langt det er mogleg. SFF har ikkje gjeve nokon grunn for at konkurranse ikkje var mogleg å gjennomføre, slik det blei gjort i 2010.

Etter dette er det vår vurdering at kontrakten med DHT i 2014 er inngått i strid med lova.

Det er derfor Deloitte si vurdering og konklusjon at SFF ikkje har følgd reglane for offentlege anskaffingar ved inngåing av kontrakt om kjøp av tenester frå DHT.

4. Anskaffingar frå Wiersholm – vurdering opp mot reglane for offentlege anskaffingar

4.1 Korleis er dei aktuelle anskaffingane føretatt?

Det er opplyst at SFF inngikk engasjementskontraktar med Wiersholm utan at det var gjennomført noko form for konkurranse eller søk/vurdering for alternative leverandørar;

I 2009 vart Wiersholm, Mellbye & Bech advokatfirma AS engasjert direkte av fylkeskommunen, jf. vedlegg 1, utan konkurranse. Då fylkeskommunen i 2014 på ny sette eigarposisjonen i Fjord1 på dagsorden, vart Wiersholm reengasjert utan at oppdraget vart konkurranseutsett.¹³

I brev av 26. august 2016, «Forvaltningsrevisjonsrapport – anskaffing av advokat- og rådgivingstenester – uttale til faktum», vert følgjande kommentar til dette punktet gjeve:

Det er rett at fylkeskommunen i 2009 engasjerte Wiersholm utan formell konkurranse. Ein kan imidlertid ikkje slutte av dette at fylkeskommunen ikkje vurderte alternative leverandørar. Tvert om er det sannsynleg at fylkeskommunen vurderte både eksisterande og tidligare advokatsamband og fall ned på Wiersholm. Vi gjer merksam på at Wiersholm i 2009 alt ei tid hadde vore etablert som fylkeskommunen sin eksterne juridisk rådgjevar i saker som vedkom Fjord1 Nordvestlandske AS.

Deloitte kan ikkje sjå at uttalen i brev av 26. august 2016 endrar det faktiske utgangspunktet for vurdering av aktuelt forhold mellom SFF og Wiersholm. Deloitte kan ikkje sjå at det er dokumentert eller sannsynleggjort at SFF vurderte alternative leverandørar av juridiske tenester, verken i 2009 eller i 2014. Vi kan heller ikkje sjå at eventuell engasjering av Wiersholm forut for 2009 skal ha nokon betydning, så lenge det ikkje er dokumentert at tidligare engasjement er etablert etter gjennomført anbuds konkurranse og rammeavtale.

4.2 Føreligg det «kontrakt» mellom SFF og Wiersholm

Vi viser til ovannemnde dokumentasjon, oppdragsstadfestingar og faktura. Det må med grunnlag i denne dokumentasjonen kunne fastslåast at det føreligg «kontrakt» mellom partane, og at Wiersholm har levert tenester til SFF mot betaling.

Som nemnt ovanfor under punkt 3.6 er det vår vurdering at kontraktsforholda frå 2009-2010 og 2014 må vurderast kvar for seg i denne samanhengen. Når det gjeld kontraktsforholda med Wiersholm, blei første oppdragskontrakt inngått allereie i juni 2009, og det

¹³ Ref. brev av 13. juni 2016 til Deloitte fra SFF

er nesten to år frå oppdraget frå 2009/2010 vert avslutta i april 2012¹⁴ til nytt engasjement i mars 2014.

Også her er det eit moment at SFF sin beslutning om å ikkje selge eller kjøpe aksjar er offentleggjort, og slik sett er også det «transaksjonsmoment» som eventuelt legitimerte bruk av unntaket i forskrifta i 2009 ikkje lenger valid. Dette medfører då at kontraktar som blir inngått i 2014 må vurderast separat i forhold til anskaffingsreglane.

4.3 Verdien av kontraktane med Wiersholm

Ut frå framlagt dokumentasjon er det fakturert totalt netto honorar NOK 9 564 412,50 i perioden 19. mai 2014 – 30. april 2016. Utledda for betaling til DHT og andre utlegg som reisekostnader etc. er ikkje tatt med i honorarssummeringa.

Den same fakturaen (fakturanummer 202778) er framlagt i to kopiar. Vi har berre lagt til grunn den eine fakturaen i summeringa.

Det er ikkje lagt fram opplysningar om verdien på kontrakt mellom SFF og Wiersholm forut for mai 2014.

4.4 Kva anskaffingar er føretatt frå Wiersholm

Vår vurdering av kva tenester SFF har føretatt frå Wiersholm er gjort med grunnlag i dokumentasjon/opplysning.

Wiersholm har utferd fem oppdragsstadfestingar til SFF. I tillegg er det utarbeidd dokument «Notat- Mandat», som vi oppfattar også å vere ei stadfesting på advokatoppdrag.

Oppdragsstadfestinga frå 8. juni 2009 beskriv berre at oppdraget gjeld «Eierdiskusjoner, Fjord 1 AS». Det er som nemnt ikkje lagt fram nokon fakturakopier eller annen informasjon som kan belyse kva konkrete tenester Wiersholm har utført for SFF under oppdraget i perioden 2009-2011.

Som nemnt ovanfor under punkta 3.3 og 3.5 i forhold til kontrakt med DHT, kan det vere ei viss beskriving av oppdraget i 2009-2011 i dokumentet «Notat – Mandat» av 28. mars 2014. Denne informasjonen er likevel ikkje tilstrekkeleg til å fastslå kva konkrete advokatenester som er ytt frå Wiersholm til SFF i perioden 2009-2011.

Av «Notat – Mandat» går det fram at oppdraget som då blir avtalt omfattar ein «[...] fornyet analyse, oppdatering og vurdering av:

- i. Fjord1s økonomiske status, portefølje – og markedsmessige posisjon, og utsikter fremover; og
- ii. Aktuelle handlingsalternativer knyttet til SFJs eierposisjon i Fjord1.

Oppdraget vil da omfatte rettslige vurderinger både knyttet til Fjord1s virksomhet og til muligheter og begrensninger for SFJs eierskap.

¹⁴ Opphavleg var det informasjon som tilsa at Wiersholm sitt oppdrag fra 2009/2010 vert avslutta med ferdigstillelse av eit notat i august 2011. I brev av 26. august 2016, «Forvaltningsrevisjonsrapport – anskaffing av advokat- og rådgivingstenester – uttale til faktum», er det imidlertid sagt at «Wiersholm har opplyst til fylkesrådmannen at arbeidet deira i tilknytning til 2009-mandatet strekte seg til om lag april 2012, og ikkje til august 2011, som det står i rapportutkastet, og som vi gjekk ut frå i vårt brev til Deloitte av 13.06.16».

Samtidig vil oppdraget i tillegg til juridiske forhold også omfatte finansielle og kommersielle vurderinger, som bl a verdivurdering av Fjord1, markedsmessige vurderinger mv. [...]»

Fakturatekstane (dvs. underbilaga) som vi forstå er knytt til dette oppdraget indikerer ulik advokatbistand i samband med ein potensiell transaksjon.

Vidare er det oppdragsstadfesting av 2. desember 2015 som bekrefter «Konkurranserettslig bistand i forbindelse med salg av aksjer i F1 Holding AS».

Det er ytterlegare to oppdragsstadfestingar datert høvesvis 2. og 3. desember 2015. Dette gjeld oppdraga som er beskrive som «Juridisk bistand i forbindelse med lovlighetskontroll, jf kommuneloven § 59» og «Bistand i forbindelse med medias begjæring om innsyn i dokumenter knyttet til fylkeskommunens salg av aksjer i F1 Holding AS».

Den siste av dei oppdragsstadfestingne som er lagt fram gjeld tvist om forkjøpsrett. Det er opplyst at dette oppdraget ikkje blei gjennomført ovanfor SFF, men F1 Holding AS¹⁵.

4.5 Kva delar av regelverket for offentlege anskaffingar gjeld for kontrakten?

Det må jf. ovanfor konstaterast at SFF har føretatt kjøp av tenester frå Wiersholm, og at desse anskaffingane er regulert av lova. Sett hen til verdien av anskaffingane frå Wiersholm gjeld i utgangspunktet også forskrifta.

SFF har også i relasjon til anskaffingane frå Wiersholm indikert at unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav e) kan nyttast. Det er juridisk konsensus om at unntaket for finansielle tenester også kan omfatte juridiske tenester, blant annet følger dette av departementets rettleiar for offentlege anskaffingar:

Unntaket gjelder ikke snevert for finansielle tjenester, men også for andre tjenester som kjøpes i forbindelse med finansielle tjenester, for eksempel kjøp av juridisk bistand.

Unntaket i forskrifta er derfor også relevant i forhold til vurderingen av kontraktsforholda mellom SFF og Wiersholm.

For øvrig viser vi til rettsleg utgangspunkt som nemnt ovanfor under punkt 3.5 ovanfor.

4.6 Vurdering i forhold til reglene for offentlege anskaffingar

Som nemnt ovanfor er det vår vurdering at kontraktsforholda frå 2009-2010 og 2014 må vurderast kvar for seg i denne samanhengen.

Etter dette og jf. ovanfor er det fem ulike oppdrag som Wiersholm har for SFF, dvs. det føreligg fem kontraktar mellom partane.

Oppdraget 2009-2012:

Det er ikkje tilstrekkelege opplysningar i saka til å avgjere med sikkerheit kva konkrete tenester SFF har kjøpt frå Wiersholm, og om tenestene berre er ytt i samband med ein (potensiell) transaksjon. Det er derfor ikkje mogleg ut frå dokumenta i saka å fastslå om unntaket i forskrifta § 1-3 (2) bokstav e) skal gjelde for dette oppdraget i sin heilskap. Det er då heller ikkje mogleg å vurdere korleis dette oppdraget/denne kontrakten forhold seg til forskrifta. I brev av 26. august 2016, «Forvaltningsrevisjonsrapport – anskaffing av advokat- og rådgivingstenester – uttale til faktum», er det stadfesta at «tenestene

¹⁵ Ref. brev av 13. juni 2016 til Deloitte fra SFF

Wiersholm ytte fylkeskommunen i 2009 -12 utelukkande var i samband med ein potensiell transaksjon. Under denne føresetnaden kan unntaket i forskrifta § 1-3 (2) bokstav e) nyttast her.

Det følger uansett klart av lova sin § 5 andre ledd at ei kvar anskaffing skal *så langt det er mulig* vere basert på ein føregåande konkurranse.

Vi viser i denne sammenheng til at det var mogleg å basere anskaffinga av finansiell rådgivar på ein konkurranse. Vi viser vidare til at SFF i samband med konkurransen i 2010 uttalte følgande i invitasjonen til potensielle leverandørar:¹⁶

Val av rådgjevar vil følgje lov om offentlege anskaffingar, men er unnateke forskrift om offentlege anskaffingar, jf forskrifta § 1-3(2) e)

SFF la følgeleg sjølv til grunn at anskaffing av rådgivarar i relasjon til eventuell transaksjon i 2009/2010 var underlagt lova. Det er ikkje gjeve noko grunnlag for at dette stiller seg annleis i forhold til dei juridiske tenestene.

Sidan det ikkje har vore gjennomført nokon form for konkurranse forut for kontrakten med Wiersholm, eller søk/innhenting av alternative tilbod, så er kontrakten i 2009 mellom SFF og Wiersholm inngått i strid med lova.

Kontrakter i 2014 og seinare:

Det blei etter det som er opplyst heller ikkje gjennomført nokon form for konkurranse forut for kontraktane med Wiersholm i 2014 og 2015. Også desse kontraktane er då inngått i strid med lova.

Neste problemstilling er då om også forskrifta er broten ved inngåing av kontraktane i 2014 og seinare.

Oppdrag 2014 ref. «NOTAT – MANDAT»:

Etter vår vurdering kan ordlyden i denne oppdragsbeskrivinga indikere at advokattenestene er anskaffa til vurdering av ein potensiell transaksjon. Samanholdt med fakturatekstane (dvs. underbilaga), er indikasjonen endå sterkare. Mykje talar derfor for at dette er finansielle tenester i den her aktuelle forståing, og at unntaket i forskrifta § 1-3 (2) bokstav e) gjeld.

Oppdrag 2015 ref. «Konkurranserettslig bistand i forbindelse med salg av aksjer i F1 Holding AS»:

Ut frå ordlyd i oppdragsbeskrivinga og fakturaene framstår dette oppdraget å bestå av tenester som klart er omfatta av omgrepet finansielle tenester i forskrifta sin forstand. Etter vårt syn er det ikkje brot på forskrifta ved direkteanskaffing av desse tenestene.

Oppdrag 2015 «Juridisk bistand i forbindelse med lovlighetskontroll, jf kommuneloven § 59»:

Ein lovlegkontroll etter kommunelova § 59 er ein kontroll av ei avgjerd er fatta lovleg av folkevalt organ eller administrasjon. Det kjem verken fram av oppdragsstadfestinga eller fakturatekstar kva avgjersle som er underlagt kontroll, men sett hen til at lovlegkontrollen / oppdraget startar månaden etter at SFF vedtar sal av aksjane, kan det stå fram som om lovlegkontroll gjeld dette vedtaket. Vi meiner det uansett ikkje er avgjerande kva avgjersle som er underlagt kontroll i forhold til vår vurdering her. I denne relasjonen er aktuell vurdering om dei aktuelle tenestene som er anskaffa til bruk under lovlegkontrollen er anskaffa korrekt i forhold til reglane for offentlege anskaffingar. Oppdraget/tenestene sin

¹⁶ Se SFF sitt brev av 28. april 2010 til DHT, ABG Sundal Collier, Deloitte AS og Arctic Securities ASA

art og verdi tilseier i utgangspunktet at både lov og forskrift gjeld. Etter vår vurdering kan det vanskelig hevdast at dette oppdraget gjeld «*finansielle tjenester i forbindelse med emisjon, kjøp, salg og overdragelse av verdipapirer eller andre finansinstrumenter*», tenestene er jo klart anskaffa i samband med ein lovlegkontroll. Sjølv om lovlegkontrollen gjeld salsvedtaket er det etter vårt syn ikkje tilstrekkeleg tilknytning mellom transaksjonen som eventuell begrunnar bruk av finansunntaket og lovlegkontrollen, til at ein kan seie at tenestene som er anskaffa til lovlegkontrollen verken er nødvendige eller hensiktsmessige i relasjon til transaksjonen. Aktuell advokatbistand kan vanskeleg beskrivast som transaksjonsrådgiving. Finansunntaket i § 1-3 (2) bokstav e) kan etter vår vurdering ikkje brukast på denne kontrakten mellom SFF og Wiersholm. Vi viser også til at lovlegkontroll ikkje har nokon direkte betydning for gyldigheita av avgjerla som er underlagt kontroll, og at kontroll heller ikkje har nokon oppsettande verknad på avgjerla, sjå kommunelova § 59 nr. 3.

Aktuell kontrakt har ein verdi på minst NOK 867 075 eksklusive meirverdiavgift, konferer fakturanummer 212646.

Sidan aktuell kontrakt er inngått utan gjennomført anbuds konkurranselov er dette i strid med prosedyrereglane i forskrifta del I og II jf. forskrifta § 2-1. Kontrakten er då også ei ulovleg direkteanskaffing jf. forskrifta § 4-1, q).

Oppdrag 2015 «Bistand i forbindelse med medias begjæring om innsyn i dokumenter knyttet til fylkeskommunens salg av aksjer i F1 Holding AS»:

Tenestene som er omfatta av dette oppdraget/denne kontrakten gjeld etter oppdragsstadfestinga og fakturatekstane advokatbistand i samband med ei innsynssak etter offentleglova. Innsynsbejæringa synest å ha kome etter vedtak om transaksjon. Etter vår vurdering kan ikkje aktuell bistand vurderast som transaksjonsrådgiving, og vi meiner derfor at finansunntaket ikkje kan brukast på denne kontrakten. Slik vi forstår fakturaene, så er verdien på denne kontrakten meir enn NOK 100 000 eksklusive meirverdiavgift, konferer fakturanummer 213552 og 214395. Kontraktsverdien tilseier at det då også kan stillast spørsmål ved om unntaket i § 1-3 (2) bokstav i) for kontraktar med anslått verdi under NOK 100 000 kroner eksklusive merverdiavgift kan brukast. Sistnevnte unntak kan likevel vere aktuelt sidan det gjeld *anslått* verdi. Det er ikkje lagt fram nokon opplysningar om korleis SFF anslo verdien på dette oppdraget, og vi kan derfor ikkje med sikkerheit fastslå om også denne kontrakten med Wiersholm er inngått i strid med forskrifta.

Med grunnlag i ovannemnde er det Deloitte sin vurdering og konklusjon at SFF ikkje har følgd reglane for offentlege anskaffingar ved inngåing av kontrakt om kjøp av advokat-tenester frå Wiersholm.

5. Fylkesrådmannen sin kommentar til rapporten

Fylkesrådmann har i brev datert 26.09.16 gjeve sin kommentar til forvaltningsrevisjonsrapporten. Kommentaren er i dette kapitlet attgjeve i sin heilskap.

Fylkesrådmannen

Sakshandsamar:

Svein Hågård
E-post: Svein.Hagard@sfj.no
Tlf.: 57638151

Vår ref.

Sak nr.: 16/4715-12
Gje alltid opp vår ref. ved kontakt

Internt l.nr.
31780/16

Dykkar ref.

Deloitte AS
Postboks 6013 Postterminalen

5892 BERGEN

Dato

LEIKANGER, 26.09.2016

Midlertidig sperra
Offl § 5

Høyringsuttale - forvaltningsrevisjonsrapport - anskaffing av advokat- og rådgivingstenester i Fjord1-saka

Eg viser til oversending frå Deloitte 29. august av revisor sin rapport «Anskaffing av advokat- og rådgivingstenester i Fjord1-saka».

Fylkesrådmannen har fått frist til 26. september kl. 14.30 til å kome med høyringsuttale.

Eg set pris på at eg eg får høve til å uttrykkje mitt syn på rapporten og at uttalen min vert vedlagd denne. Dette er, slik eg ser det, i samsvar med revisjonsstandard RSK 001.

1 Innleiing

Deloitte konkluderer med at fylkeskommunen til dels har kjøpt tenester frå Advokatfirmaet Wiersholm AS («Wiersholm») og DHT Corporate Services AS («DHT») utan å følgje reglane om offentlege anskaffingar.

Fylkesrådmannen er usamd i dette og skal i punkt 2, innleiande betraktningar, kort gjere greie for reglane om offentlege anskaffingar som er sentrale for denne saka, før eg går inn på tenestene levert av Wiersholm og DHT i 2009- 2012 (punkt 3) og i 2014-2015 (punkt 4). Eg oppsummerer synspunkta mine i punkt 5.

2 Innleiande betraktningar

Fylkeskommunen pliktar i utgangspunktet å følgje lov («LOA») og forskrift («FOA») om offentlege anskaffingar ved innkjøp av rådgivingstenester, jf. LOA § 2 og FOA § 1-2.

Eit unntak gjeld ved inngåing av kontraktar om finansielle tenester i samband med emisjon, kjøp, sal og overdraging av verdipapir eller andre finansinstrument. Dette følgjer av gjeldande FOA § 1-3 (2), bokstav e), og vil frå 01.01.17 følgje av nye FOA § 2-4 (1), bokstav e.

Med nokre få unntak har Deloitte konkludert med at kontraktane fylkeskommunen har tildelt Wiersholm og DHT er omfatta av dette unntaket.

Etter gjeldande FOA § 1-3 (2) har det vore usikkert om, og i kva grad, føresegna gjer unntak ikkje berre frå FOA, men også frå LOA. Det skuldast først og fremst at dei tilsvarande føresegnene i både EU sitt gamle anskaffingsdirektiv, 2004/18/EF, og nye anskaffingsdirektiv, 2014/24/EU, har gjort unntak frå anskaffingsregelverket *fullstendig*. Norge er gjennom EØS-avtalen forplikta til å gjennomføre EU sitt anskaffingsdirektiv og har gjort det gjennom nettopp FOA.

I nye FOA § 2-4 (1) gjer føresegna unntak frå både LOA og FOA, dvs. at norsk lovgiving og EU-direktiva rekkjer like langt.

Dersom ein legg til grunn at norsk lovgiving har hatt same rekkjevidde som EU-direktiva også i gjeldande FOA § 1-3 (1), inneber dette at dei aktuelle kontraktane ikkje var underlagde anskaffingsregelverket i det heile.

Viss ein i staden føreset at det norske regelverket til no har vore strengare enn EU-regelverket på dette området, og at regelverka først vert harmonisert ved iverksetjinga av den nye anskaffingsforskrifta 01.01.17, var hovudkontraktane fylkeskommunen tildelte Wiersholm og DHT unnatekne frå dei detaljerte reglane i FOA, men underlagde dei overordna krava i LOA. Det er dette Deloitte, utan å drøfte problemstillinga, har føresett.

På grunn av Deloitte si tilnærming legg fylkesrådmannen den sistnemnde oppfatninga til grunn i det følgjande. Dei overordna krava i LOA § 5 inneber at oppdragsgivar må tildele kontraktar etter konkurranse *så langt det er mogleg*. Dei aktuelle kontraktane var likevel ikkje underlagde kunngjeringsplikt og kan difor under ingen omstende reknast som ulovlege direkteanskaffingar.

Det er sentralt at det ikkje gjeld formkrav til prosess, kunngjeringsplikt eller liknande i samband med konkurransar etter LOA. Oppdragsgivar fastset sjølv korleis ein eventuell konkurranse skal gjennomførast. Ei uformell vurdering av aktuelle leverandørar vil også kunne vere tilstrekkeleg til å oppfylle konkurransekravet i lova.

Eit anna viktig poeng er at fylkeskommunen berre er forplikta å følgje regelverket ved inngåinga av nye kontraktar. Dersom ei oppgåve kan utførast under ein lovleg tildelt kontrakt, eller som ei lovleg endring/forlenging av ein slik kontrakt, er det ikkje tale om ein ny kontrakt som må tildelast etter konkurranse.

3 Oppdrag 2009 - 2012

På bakgrunn av at Møre og Romsdal fylkeskommune i perioden 2009-2011 vurderte sal av aksjane sine i Fjord1 Nordvestlandske AS engasjerte Sogn og Fjordane fylkeskommune først Wiersholm og seinare DHT til rådgiving i samband med mogleg kjøp eller sal av aksjar i selskapet.

Deloitte legg til grunn at desse engasjementa utgjorde finansielle tenester i samband med transaksjon og at tildelingane såleis var unnatekne frå FOA i medhald av § 1-3 (2), bokstav e). Vidare legg Deloitte til grunn at tildelingane likevel var underlagde LOA og at fylkeskommunen difor måtte tildele oppdraga etter konkurranse så langt det var mogleg.

Fylkesrådmannen har tidlegare opplyst at fylkeskommunen ved brev av 28.04.10 vende seg til fire leverandørar av finansiell rådgiving. Utfallet av kontakten med leverandørane var at DHT vart tildelt oppdraget. Deloitte vurderer det slik at fylkeskommunen gjennom dette oppfylte konkurransevilkåret i LOA. Fylkesrådmannen er samd i dette.

Når det gjeld juridisk rådgiving i samband med transaksjonen, har fylkesrådmannen opplyst i samband med verifiseringa av faktum at fylkeskommunen ikkje gjennomførte nokon formell konkurranse i forkant av tildelinga, men at det er sannsynleg at fylkeskommunen vurderte både eksisterande – mellom dei Wiersholm – og tidlegare advokatsamband og valde Wiersholm på det grunnlaget.

Deloitte meiner fylkeskommunen ikkje har sannsynleggjort eller dokumentert at ei slik evaluering av potensielle leverandørar fann stad og legg til grunn at fylkeskommunen ikkje følgde LOA ved tildelinga av oppdraget til Wiersholm.

Fylkesrådmannen konstaterer at Deloitte legg til grunn eit anna faktum enn det fylkeskommunen sjølv har gjort. Eg held fast på den tidlegare anførselen og legg til grunn at kravet til konkurranse var oppfylt dersom faktum er slik fylkeskommunen har opplyst.

Vurderinga til fylkesrådmannen er såleis at arbeidet Wiersholm og DHT utførte for fylkeskommunen i perioden 2009 – 2012 bygde på oppdrag tildelt i samsvar med anskaffingsregelverket.

Wiersholm og DHT leverte m.a. eit materiale til fylkeskommunen dagsett 12.08.11.

4 Oppdrag 2014 – 2015

Fylkesutvalet vedtok i møte 26.02.14 å få oppdatert grunnlaget som ligg i fylkestings-saka frå august 2011, sak 42/11. Bakgrunnen for vedtaket ligg i fylkestinget sitt vedtak om eigarmeldinga frå oktober 2013, der fylkesutvalet fekk i oppdrag å organisere eit arbeid med gjennomgang av fylkeskommunen sin eigarstrategi.

Fylkeskommunen reengasjerte Wiersholm, med DHT som underleverandør, til å oppdatere materialet nemnd over. I samband med dette vart det i mars 2014 utarbeidd eit mandat, som fylkesutvalet vedtok i møte 02.04.14.

Deloitte vurderer det slik at mandatet tildelt i 2014 var ein ny og sjølvstendig kontrakt som måtte tildelast i samsvar med anskaffingsregelverket. Dette er fylkesrådmannen i utgangspunktet usamd i, men er innforstått med at spørsmålet om det var tale om ein ny kontrakt eller ei lovleg forlenging av oppdraga selskapa fekk i 2009 – 2010, er utprega skjønsmessig.

Mandatet Wiersholm og DHT fekk våren 2014 var tilknytt arbeidet selskapa utførte i 2009 – 2012 i så stor grad at det etter fylkesrådmannen sitt skjøn er naturleg å sjå på det som ei vidareføring av det opphavlege oppdraget. Mandatet var å «oppdatere» den opphavlege vurderinga, ikkje å gjere ei ny og sjølvstendig vurdering.

Deloitte viser særskilt til at det gjekk meir enn to år mellom august 2011 og mandatet frå mars 2014. Denne tilnærminga er for enkel. Tidsforløpet mellom den opphavlege vurderinga og oppmodinga om ei oppdatert vurdering er ikkje avgjerande, så lenge oppdraget og problemstillinga i det vesentlege er det same, slik tilfellet var her.

I mars 2014 rekna dessutan alle partar med at oppdraget ville bli *langt mindre omfattande* enn det faktisk vart. Det kunne godt vere at oppdraget til Wiersholm og DHT ville vere avslutta etter nokre månader. Ingen kunne sjå føre seg at arbeidet ville pågå i årevis. Også dette trekkjer i retning av at mandatet var ei forlenging av arbeidet Wiersholm og DHT utførte i 2009 – 2012. Det er som kjend føresetnadene ved kontraktsinngåinga som er styrande for kva for anskaffingsreglar oppdragsgivar skal nytte.

Dersom Deloitte trass i dette likevel reknar mandatet frå mars 2014, som fylkesutvalet vedtok 02.04.14, som eit nytt og sjølvstendig engasjement, må det gjerast ei vurdering av tildelinga opp mot anskaffingsregelverket. Deloitte legg til grunn at også denne tildelinga var unnateke frå FOA i medhald av unntaket i § 1-3 (2), bokstav e), men at konkurransekravet etter LOA likevel galdt.

Som følgje av at Wiersholm og DHT hadde inngåande kjennskap til Fjord1 AS, marknaden selskapet opererer i, og sjølv sagt til materialet som skulle oppdaterast, var fylkesrådmannen si vurdering at desse to selskapa var betre eigna enn andre potensielle leverandørar til å rådgje fylkeskommunen innanfor ramma av mandatet på ein kostnadseffektiv måte. Dersom fylkeskommunen skulle ha henta inn nye leverandørar, måtte vedkomande ha brukt betydelege ressursar på å tileigne seg den same kunnskapen som Wiersholm og DHT hadde på det tidspunktet.

Fylkesrådmannen legg til grunn at ei slik uformell vurdering av aktuelle leverandørar tilfredsstiller krava LOA stiller til konkurranse.

Fylkestinget vedtok å selje aksjane i F1 Holding AS, som eig 59 prosent av aksjane i Fjord1 AS, ved vedtak dagsett 23. november 2015, sak 46/15. Som følgje av dette vedtaket, tildelte fylkeskommunen 3. desember 2015 Wiersholm tre tilleggsoppdrag; konkurranserettsleg bistand, bistand i samband med krav om lovlegkontroll som vart varsla under fylkestingsseta, og bistand i samband med innsynskrav i dokument knytta til fylkeskommunen sitt vedtekne sal av aksjar i F1 Holding AS.

Desse oppdraga har så nær tilknytning til Wiersholm sitt hovudoppdrag at det er naturleg å sjå dei som lovlege endringar/forlengingar av det opphavlege oppdraget. Grunnen til at det vart inngått eigne oppdragsavtalar for desse tre oppdraga, er at det var praktisk og oversiktleg både for fylkeskommunen og Wiersholm at arbeidet vert registrert separat.

Dersom Deloitte likevel held fast på at desse tre oppdraga må sjåast på som sjølvstendige kontraktar underlagde anskaffingsregelverket, vil fylkesrådmannen trekkje fram følgjande poeng:

Oppdraget om konkurranserettsleg bistand er unnateke frå FOA i medhald av § 1-3 (2), bokstav e). Deloitte er einig i dette. Når det gjeld bistanden i samband med kravet om lovlegkontroll og innsynskrava, var dette uføresette oppgåver som det var naudsynt å utføre utan opphald og innanfor korte fristar.

Kravet om lovlegkontroll av fylkestinget sitt vedtak i sak 46/15 kunne sjølv sagt ikkje føresjåast og var dessutan svært omfattande. For å få ei så kjapp avklaring som mogleg av om det nemnde vedtaket var gyldig, var det forventa frå politisk hald at kravet vart handsama av fylkestinget, som underinstans, før jul. Skulle dette kunne skje, måtte fylkesrådmannen innhente ekstern bistand, som kunne arbeide svært raskt. Neste ordinære fylkesting ville vere i april 2016.

Etter fylkestinget sitt vedtak i sak 46/15 mottok fylkeskommunen dessutan ei betydeleg mengde med innsynskrav etter offentleglova. Fleire medium bad om innsyn i «alle» dokumenta i saka. På dette tidspunktet var det tale om ca. 215 journalpostar og endå fleire dokument. I tillegg gjorde fylkesutvalet slikt vedtak i sak 143/15, (pkt. 4):

«Fylkesutvalet ber fylkesrådmannen gå gjennom alle presentasjonar og dokument i saka om Fjord1-salet som vart lagt fram unntatt offentlegheit eller stempla fortruleg i fylkesutvalet og fylkestinget, for snarast mogleg å opne så mykje som mulig av innhaldet i dokumenta og presentasjonane for offentleg innsyn. Dette ut frå at offentleglova gir høve til å unnta særleg sensitive opplysingar frå offentleg innsyn, men ikkje heile dokument og presentasjonar.»

Fylkesrådmannen måtte såleis vurdere ei svært stor mengde dokument med tanke på heilt eller delvis offentleggjering. Dette måtte skje raskt, då innsynskrav skal handterast «utan ugrunna opphald», jf. offentleglova § 29 første avsnitt. Ein slik ekstraordinær situasjon kunne fylkeskommunen vanskeleg føresjå.

Etter fylkesrådmannen sitt skjøn var desse to oppdraga såleis unnatekne frå FOA del II¹ i medhald av unntaka i § 2-1 (2), bokstav c)² og/eller bokstav d)³. Deloitte har ikkje vurdert desse føresegnene i det heile.

Sjølv om dei to oppdraga var unnatekne FOA del II, var anskaffinga likevel omfatta av FOA del I og LOA. Når det gjeld anskaffinga av konkurranserettsleg bistand, var imidlertid denne berre omfatta av LOA.

Som følgje av at Wiersholm hadde inngåande kjennskap til alle elementa i saka, vurderte fylkesrådmannen det slik at selskapet var langt betre eigna enn andre potensielle leverandørar til å yte bistand under dei tre tilleggsoppdraga. Andre leverandørar måtte ha brukt mykje tid, som vi ikkje hadde, og ressursar på å tileigne seg tilstrekkeleg kunnskap om faktum til å kunne rådgi fylkeskommunen på ein forsvarleg måte. Ei slik uformell vurdering av aktuelle leverandørar tilfredsstillar krava LOA og FOA § 3-1 (1) stiller til konkurranse.

5 Oppsummering:

Som påpeika over i pkt. 2, er det ikkje opplagt at anskaffingsregelverket i det heile kom til nytte på dei aktuelle anskaffingane.

Under føresetnad av at regelverket kom til nytte, legg fylkesrådmannen til grunn at måten Wiersholm og DHT var engasjert på i 2009 og 2010 tilfredsstilte dei uformelle krava i LOA til konkurranse.

Reengasjementet av Wiersholm og DHT i 2014 vurderte fylkesrådmannen som ei vidareføring av oppdraga dei to selskapa hadde avslutta i 2011 og 2012. Denne vurderinga er utprega skjønsmessig og fylkesrådmannen ser at mandatet frå mars 2014 også kan sjåast på som eit nytt engasjement. Under den sistnemnde føresetnaden tilfredsstilte uansett fylkesrådmannen si uformelle vurdering av aktuelle leverandørar konkurransekravet i LOA.

Tilleggsoppdraga til Wiersholm frå desember 2015 reknar fylkesrådmannen som lovlege forlengingar/endringar av oppdraget Wiersholm fekk i mars 2014. Også denne vurderinga er av utprega skjønsmessig karakter. I tilfelle ein må sjå på tilleggsoppdraga som sjølvstendige kontraktar, var dei unnatekne FOA del II⁴. Fylkesrådmannen si uformelle vurdering av aktuelle leverandørar var i samsvar med kravet LOA og FOA del I stiller til konkurranse.

Til slutt vil eg påpeike at det ikkje er grunnlag for å hevde at engasjementet av Wiersholm og DHT har hatt negative økonomiske konsekvensar for fylkeskommunen. Store delar av fylkeskommunen sine utgifter til dei to selskapa er i realiteten dekt av Torghatten ASA ut frå avtalen

¹ Juridiske tenester er «uprioriterte tenester» etter anskaffingsforskrifta og vert regulert av forskrifta del II.

² «... anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse.»

³ «... uforutsette omstendigheter gjør det nødvendig å utføre tilleggsytelser som er strengt nødvendig for kontraktens fullføring.»

⁴ Tilleggsoppdraget om konkurranserettsleg bistand var unnateke heile FOA, også del I.

fylkeskommunen inngjekk med transportselskapet. Den breie prosessen Wiersholm og DHT gjennomførte bidrog dessutan til at marknadsværdien av aksjane i Fjord1 AS (nivået på boda) steig vesentleg frå sommaren 2015 til november 2015 då fylkestinget gjorde sitt første salsvedtak.

Med helsing

Tore Eriksen
fylkesrådmannen

Brevet er elektronisk godkjent og er utan underskrift

6. Deloitte sitt svar til fylkesrådmannen sin kommentar til rapporten

Vi har gjennomgått fylkesrådmannen sitt høyrings svar, og har ikkje sett det naudsynt å gjere endringar i rapporten som følgje av dette. Vi vel likevel å gi ein kort gjennomgang og presisering her av vår vurdering av dei momenta som fylkesrådmannen har trekt fram i høyrings svaret.

Verkeområdet til lova

Fylkesrådmannen drøftar i byrjinga av høyrings svaret kor vidt det norske anskaffingsregelverket i det heile gjeld for innkjøp som er unnatekne frå EU-direktiva om anskaffingar. Deloitte meiner det er klårt at lova gjeld i desse tilfella. Som det går fram av rapporten, kjem dette fram i mellom anna rettleiar for offentlege anskaffingar og i fleire KOFA-avgjerder. At reglane i lova gjeld, er også føresett i drøftingar knytt til korleis ein skal inkorporere EU-direktiva sine unntak i det norske regelverket (sjå t.d. NOU 2014:4 s. 98).

Vidare påpeikar fylkesrådmannen at kontraktar som ikkje er omfatta av kunngjeringsplikt ikkje kan reknast som ulovlege direkteanskaffingar. Her meiner vi det er naudsynt å leggje til ei forklaring knytt til terminologien som vert nytta: Anskaffingsforskrifta definerer "ulovlig direkte anskaffelse" som eit kjøp som er kunngjeringspliktig, men som anten ikkje er kunngjort eller er kunngjort på feil måte (jf. anskaffingsforskrifta § 4-1, bokstav q).¹⁷ Det er likevel fullt mogleg at ei direkteanskaffing er svakt konkurranseeksponert, og såleis i strid med lova sitt krav, utan at anskaffinga formelt er omfatta av definisjonen i den aktuelle bokstaven i forskrifta.

Krav til konkurranseeksponering etter lova

Når det gjeld anskaffingar som er gjennomført i 2009 – 2012, meiner fylkesrådmannen at fylkeskommunen har oppfylt krav til konkurranse gjennom at både eksisterande og tidlegare advokatsamband vart vurdert før ein valde Wiersholm for å gjennomføre oppdraget. Deloitte meiner at det å vurdere alternative tilbydarar utan å hente inn prisar eller tilbod ikkje er tilstrekkeleg til å oppfylle § 5 i lova sitt krav om at konkurransen "så langt det er mulig" skal vere basert på konkurranse. Vidare meiner vi at fylkeskommunen i dette tilfellet ikkje har oppfylt dei grunnleggjande krava i § 5 til å sikre ein gjennomsiiktig og etterprøvbar anskaffingsprosess. Deloitte legg til grunn den same vurderinga i tilknytning til konkurranseeksponeringa av det mandatet Wiersholm og DHT fekk våren 2014. Vi er altså ikkje einige i fylkesrådmannen sitt standpunkt om at ei uformell vurdering av aktuelle leverandørar tilfredsstillar krava i anskaffingslova. Etter det som er opplyst frå

¹⁷ Dette går også fram av rapporten. Slik vi vurderer det, kjem anskaffinga av juridiske tenester knytt til lovlegkontroll under denne definisjonen som "ulovleg direkteanskaffing".

fylkeskommunen kan vi heller ikkje sjå at fylkeskommunen har dokumentert at det faktisk blei føretatt noko vurdering. Det er i seg sjølv i strid med krava til gjennomsigtigheit og etterprøvbarheit i LOA § 5. Vi viser vidare til at det er SFF som pliktsubjekt etter reglane for offentlege anskaffingar som har bevisbyrda for å nytte unntak frå forskrifta og for at lova ikkje gjeld den aktuelle kontrakten/dei aktuelle kontraktane.

Kor vidt det er tale om lovlege endringar/forlengingar av opphavleg oppdrag eller tilleggstenester

Fylkesrådmannen problematiserer i kva grad det er rett å sjå mandatet som dei to selskapa fekk våren 2014 som ei eiga anskaffing, og om dei tre avtalane med Wiersholm i 2015 ikkje eigentleg er ei forlenging av allereie inngåtte avtalar. Deloitte ser det ikkje som sannsynleg at alle desse oppdraga som Wiersholm og DHT har utført berre er delar av eitt og same oppdrag. Dette baserer vi ikkje berre på avstanden i tid mellom bestillinga av dei ulike oppdraga, men også på at dei tilsynelatande er vesentleg forskjellige i formål og art. Dertil kjem det at det blei utferdta eigne oppdragsstadfestingar for oppdraga. Dersom det var tilfelle at alle desse oppdraga skulle reknast som eitt, meiner vi at fylkeskommunen burde kunngjort det som ein rammeavtale i samsvar med krava i forskrift om offentlege anskaffingar, då det etter vår meining er klårt at fleire av tenestene som er leverte er av ein art som ikkje fell inn under unntak i regelverket.

Sjølv om ein skulle sett mandatet Wiersholm fekk i 2014 som ei vidareføring av den opphavlege kontrakten, ville konsekvensen av det i alle tilfelle vere at fylkeskommunen var i eit vedvarande og kontinuerleg brot på anskaffingslova § 5. Dette all den tid det ikkje er dokumentert at det på noko tidspunkt blei gjennomført nokon form for konkurranse. Vidare er det heller ikkje dokumentert eller gjort greie for at det låg føre opsjonar i den opphavlege kontrakten på å forlenge, utvide eller endre oppdraget. Ei uheimla endring i form av forlenging, endring i omfang og/eller karakter av ein kontrakt vil som hovudregel også konstituere ei vesentleg endring som inneber at ein står overfor ein ny kontrakt som skal tildelast etter regelverket – anten den opphavlege anskaffinga blei føretatt i tråd med anskaffingsregelverket eller ikkje.

Eventuelle unntak frå forskrifta sin del II

I tilknytning til to av oppdragsavtalane frå 2015, meiner fylkesrådmannen at oppdraga var unntatekne frå forskrift om offentlege anskaffingar del II¹⁸ i medhald av forskrifta sin § 2-1 (2), bokstav c) og/eller bokstav d).

Eit eventuelt unntak etter bokstav c må vere knytt til at anskaffinga ikkje kan utsettast i den tida det tar å gjennomføre ein konkurranse. Som grunnlag for dette viser fylkesrådmannen mellom anna til at det var "forventa frå politisk hald at kravet [om lovlegkontroll] vart handsama av fylkestinget [...] før jul" og at fylkesutvalet hadde vedteke at fylkesrådmannen snarast mogleg skulle syte for innsyn i dokumenta og presentasjonane knytt til Fjord1-salet. Deloitte konstaterer at desse unntaka ikkje er vist til tidlegare. Deloitte meiner uansett at dette ikkje er tilstrekkeleg grunngeving for at unntaksføresegna i bokstav c kjem til nytte. Det går fram av rettleiaren for offentlege anskaffingar at høvet til å nytte unntaket skal vurderast strengt, og at det "ikke [vil] være tilstrekkelig grunnlag for å benytte unntaksbestemmelsen at det foreligger sterkt politisk press om rask gjennomføring av et prosjekt" (s. 96). Fylkesrådmannen viser også til offentleglova § 29

¹⁸ Det er her viktig å påpeike at krava i del 1 i forskrifta framleis gjeld. Dvs. mellom anna krava om konkurranse, likebehandling, forholdsmessigheit og dokumentasjon (§ 3-1 (1), (4), (5) og (7)) og protokollføring (§ 3-2).

som ei grunngeving for at bokstav c kjem til nytte i tilknytning til handsaminga av innsynsførespurnadane. Heller ikkje dette er Deloitte einig i. Det går fram av rettleiaren til offentleglova at ein må godta at auka sakshandsamingstid i slike tilfelle (s. 164):

Dersom innsynskravet er ekstraordinært stort, til dømes der saka omfattar fleire hundre dokumentsider og fleire av dokumenta inneheld opplysningar som er omfatta av teieplikt, må det godtakast at handsaminga av kravet tek lang tid. Det vil vere eit grunna opphald at organet syter for ei forsvarleg handsaming, samstundes som dette ikkje i urimeleg grad fortrengr andre gjeremål.

Dersom unntaksføresegna i FOA § 2-1 (2) bokstav d) skal kome til nytte, må det føreligge "uforutsette omstendigheter [som] gjør det nødvendig å utføre tilleggsytelser som er strengt nødvendig for kontraktens fullføring". Deloitte kan ikkje sjå at desse vilkåra er oppfylte, då den føregåande rådgjevinga openbart er fullført før ein kan vurdere lovlegheit eller innsyn knytt til dokumentasjonen av denne. Tenestene knytt til lovlegkontroll og innsynskrav gjeld såleis etterfølgande offentlegrettslege vurderingar, og var såleis ikkje "strengt nødvendig" for å fullføre den opphavlege kontrakten. Vidare impliserer bruken av dette unntaket at det er eit unntak frå ein kontrakt som allereie var kunngjort etter reglane i forskrifta, noko som ikkje er tilfelle her. Igjen vil Deloitte minne om kven som har bevisbyrda for at unntak i reglane skal komme til nytte. Deloitte kan ikkje sjå at SFF har dokumentert ei vurdering av kor vidt dei unntaka fylkesrådmannen no har vist til kan nyttast.

Økonomiske konsekvensar

Til sist i høyringssvaret frå fylkesrådmannen peikar han på at det ikkje er grunnlag for å hevde at engasjementet av dei to selskapa har hatt negative økonomiske konsekvensar for fylkeskommunen. For ordens skuld vil Deloitte gjerne påpeike at dette er ei problemstilling som vi ikkje har teke stilling til eller skrive noko om i rapporten, då den ikkje har noko rettsleg relevans ift. den her aktuelle problemstillinga.

7. Konklusjon

I samsvar med bestillinga og omforent prosjektplan er det gjennomført forvaltningsrevisjon med formål om å gjere ei vurdering av om SFF har følgd regelverket for offentlege anskaffingar ved innkjøp av tenester frå Wiersholm og DHT.

Etter gjennomgang og vurdering av opplysningar i saka opp mot reglane for offentlege anskaffingar er det Deloitte si vurdering at SFF har kjøpt tenester frå både DHT og Wiersholm utan at reglane for offentlige innkjøp er følgd.

Vedlegg 1: Sentrale dokument og litteratur

For dokumentasjon av forholdet mellom SFF og DHT er det lagt fram følgende dokumentasjon:

- «Oppdragsmandat – Sogn og Fjordane fylkeskommune», datert 29. juni 2010
- «Oppdragsvilkår [..]. I forbindelse med strategisk rådgivning vedrørende eierskapet i Fjord 1 AS [..]», datert 28. mars 2014¹⁹
- Diverse fakturaer med underlagsdokumentasjon for arbeid utført i perioden mars 2014 - april 2016
- Brev frå SFF av 28. april 2010 – «Innhenting av tilbud - finansiell rådgjeving»

For dokumentasjon av forholdet mellom SFF og Wiersholm er det lagt fram følgende dokumentasjon:

- «Oppdragsbekreftelse- Eierdiskusjoner, Fjord1 AS», frå Advokatfirmaet Wiersholm, datert 8.6.2009
- «Strategiske eierskapsvurderinger- mandat», inklusiv fire vedlegg, frå Advokatfirmaet Wiersholm, datert 28.3.2014
- «Oppdragsbekreftelse» - lovlegkontroll, frå Advokatfirmaet Wiersholm, datert 2.12.2015
- «Oppdragsbekreftelse» - tvist om forkjøpsrett, frå Advokatfirmaet Wiersholm, datert 2.12.2015
- «Oppdragsbekreftelse» - konkurranserettsleg bistand, frå Advokatfirmaet Wiersholm, datert 2.12.15
- «Oppdragsbekreftelse» - innsynskrav, frå Advokatfirmaet Wiersholm, datert 3.12.2015
- Diverse fakturakopier med underlagsdokumentasjon, for arbeid utført i perioden mars 2014 - april 2016

¹⁹ Vedlegg nr. 4 til «Notat – Mandat» fra Wiersholm, datert 28. mars 2014

Deloitte refers to one or more of Deloitte Touche Tohmatsu Limited, a UK private company limited by guarantee, and its network of member firms, each of which is a legally separate and independent entity. Please see www.deloitte.no for a detailed description of the legal structure of Deloitte Touche Tohmatsu Limited and its member firms.

Deloitte Norway conducts business through two legally separate and independent limited liability companies; Deloitte AS, providing audit, consulting, financial advisory and risk management services, and Deloitte Advokatfirma AS, providing tax and legal services.

© 2016 Deloitte AS