



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Etter at styret i Norsk Hydro ASA hadde offentliggjort at selskapet ville avvikle opsjonsordningen for firmaets ledere, besluttet Nærings- og handelsdepartementet å foreta en selvstendig juridisk vurdering av styrets vedtak. I den forbindelse ble advokatfirmaene Selmer DA og Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen engasjert. Kontraktene med advokatfirmaene ble inngått direkte uten forutgående kunngjøring. Klagenemnda fant at dette hadde tilstrekkelig rettslig grunnlag i forskriftens § 2-1 (2) bokstav c, og at det dermed ikke var foretatt noen ulovlige direkte anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse i sakene 2008/81 og 2008/85

Klager: Stortingrepresentantene Torbjørn Hansen og Per-Kristian Foss

Innklaget: Nærings- og handelsdepartementet

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Påstand om ulovlige direkte anskaffelser og ileggelse av overtredelsesgebyr.

Innledning:

(1) Klagenemnda har besluttet å behandle sakene 2008/81 og 2008/85 i samme avgjørelse.

Bakgrunn:

(2) Den 25. juli 2007 kunngjorde styret i Norsk Hydro ASA (heretter kalt Hydro) at selskapet ville avvikle opsjonsordningen for firmaets 35 ledere, og at dette ville medføre en samlet utbetaling på kr 210 millioner.

(3) Styrevedtaket medførte at det i media, blant jurister, og ved direkte henvendelser til departementet, ble reist spørsmål ved lovligheten av styrets vedtak. Dette gjorde at Nærings- og handelsdepartementet (heretter kalt innklagede eller NHD) besluttet å foreta en selvstendig juridisk gjennomgang av vedtaket. Fra departementets pressemelding av 29. juli 2007 hitsettes følgende:

”Nærings- og handelsdepartementet har besluttet å foreta en grundig juridisk gjennomgang av forholdene rundt Hydro-styrets vedtak om avvikling av opsjonsordninger og fastsettelse av nye godtgjørelser for konsernledelsen.

Regjeringsadvokaten og ekstern kompetanse vil få dette oppdraget.

- Vi har bedt regjeringsadvokaten om å gjennomgå og vurdere alle sider av Hydro-styrets vedtak. Også eksterne advokater blir hentet inn for å gjøre en vurdering av

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

vedtaket. Dette fordi vi ønsker flere synspunkter på det juridiske rundt styrevedtaket, sier statssekretær Rikke Lind (Ap) i Nærings- og handelsdepartementet.

Bakgrunnen for departementets beslutning er spørsmålene som er stilt rundt lovligheten av Hydro-styrets vedtak på bakgrunn av de nye bestemmelsene som ble iverksatt i allmennaksjeloven fra 1. januar i år.

- På bakgrunn av påstander gjennom media, blant annet fra jurister, og henvendelser til departementet, har vi etter en samlet vurdering besluttet å foreta en grundig gjennomgang av dette, fremhever statssekretær Rikke Lind.

Styret i Norsk Hydro kunngjorde 25. juli at det har vedtatt å avvikle selskapets opsjonsordning, og at det vil tildele 35 ledere i selskapet en samlet utbetaling på 210 millioner kroner for å avslutte opsjonsprogrammet. Hydro gjorde fredag en egen juridisk vurdering som konkluderte med at Hydro-styret ikke opptrådte i strid med allmennaksjeloven da vedtaket ble fattet."

- (4) I brev av 30. juli 2007 ga departementet advokatfirmaet Selmer DA (heretter kalt Selmer) følgende oppdrag:

*"Norsk Hydro ASA - avviklingen av selskapets opsjonsavtaler
Det vises til telefonsamtale 27.07. 2007 mellom advokat Tysland og avdelingsdirektør Utvik og annen kontakt med departementet. Nærings- og handelsdepartementet bekrefter med dette, bestillingen av en utredning om avviklingen av opsjonsordningen i Norsk Hydro ASA, som selskapets styre vedtok 23.07. 2007.*

Mandatet for oppdraget er følgende:

"Vi ber om at dere vurderer alle forhold knyttet til lovligheten av Norsk Hydro ASAs styres håndtering av tidligere tildelte opsjoner til ledelsen, avvikling av ordningen og innløsningen av opsjonene, herunder:

- 1. Om håndteringen er lovlig i henhold til styrets rolle og kompetanse etter allmennaksjeloven (AAL).*
- 2. Hvordan håndteringen kan vurderes i henhold til endringene i AAL vedrørende fastsettingen av lederlønninger og opsjoner, som trådte i kraft fra 01.01. 2007.*
- 3. Om styret, dersom det skulle være nødvendig, hadde tilstrekkelige fullmakter fra generalforsamlingen til den vedtatte avviklingen.*
- 4. Hvilken relevans utfisjoneringsen av petroleumsvirksomheten fra Norsk Hydro ASA og sammenslåingen av denne med Statoil ASA har for behandlingen av saken.*
- 5. En beskrivelse av de avtalerettslige parametre i opsjonsavtalene og med en beskrivelse av det avtalemessige handlingsrommet styret hadde, også i lys av selskapets egne retningslinjer.*
- 6. Andre forhold som Selmer mener har betydning, eller problemstillinger som er reist i pressen og hvilken relevans disse har for vurderingene."*

- (5) I e-post av 7. august 2007 informerte Selmer om at det ville bli benyttet ordinære timesatser da firmaet anså oppdraget som et selvstendig oppdrag, og dermed ikke mente det var relevant å benytte de timesatser som var avtalt for Statoil-Hydro oppdraget som advokatfirmaet allerede hadde med departementet.

- (6) I faktura av 4. oktober 2007 ble oppdraget fra Selmer fakturert med totalt kr 919.450 eks mva.
- (7) Fra anskaffelsesprotokollen, datert 9. oktober 2007, hitsettes følgende vedrørende oppdraget til Selmer:

”Beskrivelse av anskaffelsen: Kjøp av juridiske tjenester hos advokatfirmaet Selmer til en vurdering av avviklingen av Hydro-opsjonene.

[...]

Antatt kontraktsverdi (eks mva): 400.000

Total verdi (eks mva): 500.000

[...]

Anskaffelsesprosedyre: Direkte kjøp

Jfr FOA: § 2-1-2-c

Begrunnelse for valg av anskaffelsesprosedyre: Oppdraget går ut på en vurdering av alle forhold knyttet til lovligheten av styret i Norsk Hydro ASA's håndtering av tidligere tildelte opsjoner til ledelsen, avviklingen av ordningen og innløsningen av opsjonene. Advokatfirmaet Selmer har i henhold til tidligere kontrakt av 07.02. 2007 vært engasjert av OED og NHD til å gi juridiske råd og bistand i spørsmål som oppstår i forbindelse med en transaksjon mellom Statoil ASA og Norsk Hydro ASA. På denne bakgrunn er Selmer kjent med selskapet, og allerede inne i en del av forutsetningene bak avviklingen av Hydro-opsjonene.

Begrunnelse for valg av hasteprosedyre: Statsråden etterspurte en omgående juridisk vurdering av de spørsmål Hydros avvikling av opsjonsordningen (jf. Hydros pressemelding 25.07.07) reiste.

[...]

Leverandører som leverte tilbud: Advokatfirmaet Selmer DA, jf. tidligere kontrakt og e-post av 07.08. 2007 med timesatser: For partnere kr. [...] eks mva. For advokat kr [...] eks mva. For advokatfullmektiger kr [...] eks mva. Timesatsene er på vanlig nivå for partnere og advokater i større forretningsadvokatfirma, hensett også til at saken ville kreve arbeid i weekend og betydelig overtid, og innebar mye publisitet.

Leverandører som ble innstilt - Firmanavn og begrunnelse: Advokatfirmaet Selmer, jf. begrunnelse ovenfor. Første kontakt var med advokat Sverre Tysland, som senere underrettet om at advokat Kristin Normann ville lede arbeidet. Det var kort tid til rådighet, og også andre medarbeidere hos Selmer ville måtte bli trukket inn. Det ble også klarert at Selmer ville leie inn konsulenter til å gjennomgå de rent faktiske beregninger av opsjonene. Her ble First Securities og Arctic Securities benyttet, og folk herfra deltok også på et møte i NHD.

[...]

Leverandører det ble skrevet kontrakt med:

Firmanavn: Advokatfirmaet Selmer, jf. tidligere kontrakt av 07.02. 2007, møte og oppdragsbrev av 30.07.2007 og e-post av 07.08. 2007 med timesatser.

Kontraktssigneringsdato: Skriftlig kontrakt ikke inngått. Skriftlig og muntlig vurdering framlagt 03.08. 2007. Supplerende vurdering om mva-spørsmål levert senere.

[...]

Eventuelle merknader: Oppdragsbrev og rapporter offentliggjort rett etter avlevering. I tillegg deltok advokat Kristin Normann på pressekonferanse om saken, sammen med statsråden og advokat Gudmund Knudsen fra BAHR.”

- (8) Dagen etter at innklagede hadde engasjert Selmer, ble Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen advokatfirma (heretter kalt BAHR) engasjert til å kvalitetssikre Selmers arbeid. Fra oppdragsbeskrivelsen i brev av 31. juli 2007 hitsettes følgende:

”Norsk Hydro ASA - avviklingen av selskapets opsjonsavtaler

Det vises til dagens møte. Nærings- og handelsdepartementet bekrefter med dette Deres oppdrag om å utarbeide en vurdering vedrørende avviklingen av opsjonsordningen i Norsk Hydro ASA, som selskapets styre vedtok 23.07. 2007.

Mandatet for oppdraget går ut på å utarbeide en selvstendig vurdering av lovligheten av vedtaket, med utgangspunkt i aksjelovens regelverk. Det er videre behov for en vurdering av Hydrostyrets handlingsparameter innenfor rammen av det avtalerettslige forholdet knyttet til opsjonsordningen.

Vurderingen vil i hovedsak kunne baseres på materiale innhentet av og vurderingene til advokatfirmaet Selmer i henhold til et tilsvarende oppdrag, jf departementets mandat i brev av 30.07. 2007 til advokat Sverre S. Tysland. Deres oppgave vil primært være å kvalitetssikre Selmers uttalelse, men De har naturligvis anledning til å fremkomme med selvstendige synspunkter ut over dette hvor De mener det er riktig og naturlig.”

- (9) Fra anskaffelsesprotokollen datert 9. oktober 2007 vedrørende oppdraget til BAHR hitsettes følgende:

”Beskrivelse av anskaffelsen: Advokat Gudmund Knudsen ble engasjert til å utarbeide en vurdering vedrørende avviklingen av opsjonsordningene i Norsk Hydro ASA. Oppgaven var primært å kvalitetssikre en uttalelse fra advokatfirmaet Selmer, men også å fremkomme med selvstendige synspunkter.

[...]

Antatt kontraktsverdi (eks mva): 300 000

Total verdi (eks mva): 300 000

[...]

Anskaffelsesprosedyre: Direkte kjøp

Jfr. FOA: § 2-1-2-c

Begrunnelse for valg av anskaffelsesprosedyre: Advokatfirmaet Selmer ble engasjert til å vurdere alle forhold knyttet til lovligheten av styret i Norsk Hydro ASA's håndtering av tidligere tildelte opsjoner til ledelsen, utviklingen av ordningen og innløsningen av opsjonene. Hensikten hadde opprinnelig vært at Regjeringsadvokatembetet skulle kvalitetssikre rapporten. Imidlertid meddelte regjeringsadvokat Fagernæs at det, på grunn av hans nære slektskap til en Hydro-direktør, som var omfattet av opsjonsordningen, ikke var riktig at embetet involverte seg i saken. Etter dette ble advokat Gudmund Knudsen, BAHR, engasjert.

Begrunnelse for valg av hasteprosedyre: Statsråden etterspurte en omgående vurdering av de spørsmål Hydros utvikling av opsjonsordningene reiste.

Leverandører som leverte tilbud: Advokat Gudmund Knudsen, advokatfirmaet BAHR. Forutsetningen var at han skulle honoreres etter samme satser som advokatfirmaet Selmer benyttet. Selmers e-post av 07.08. 2007 er videresendt til BAHR. Dette er satser som er vanlig for et forretningsadvokatfirma i Oslo: [...]

[...]

Leverandører som ble innstilt – firmanavn og begrunnelse: Advokat Gudmund Knudsen, BAHR, jf. begrunnelse ovenfor. Knudsen gjorde det klart at han, fordi det var kort tid til rådighet, måtte få bistand også fra andre advokater i firmaet. Han skulle også holde god kontakt med Selmer.

[...]

Leverandører som det ble skrevet kontrakt med:

Firmanavn: Advokat Gudmund Knudsen, jf. oppdragsbrev av 31.07. 2007, møte, og muntlig tilleggsoppdrag gitt 04.08. 2007 vedr. Hydros saksbehandling.

Kontraktsigneringsdato: Skriftlig kontrakt ikke inngått, ut over oversendt e-post av 07.08. 2007 fra Selmer vedr. timesatser. Skriftlig og muntlig vurdering fremlagt 03.08. 2007, supplerende vurdering kom 05.08. 2007 om Hydros saksbehandling, og supplerende vurdering om mva-spørsmålet.

[...]

Eventuelle merknader: Oppdragsbrev og rapporter offentliggjort rett etter avlevering. I tillegg deltok advokat Gudmund Knudsen på pressekonferanse om saken, sammen med statsråden og advokat Kristin Normann fra Selmer.”

- (10) Ved faktura av 25. oktober 2007 fakturerte BAHR sitt oppdrag med totalt kr 634 256 eks mva.
- (11) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 20. mai 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(12) Det følger av forskriftens § 2-1 (2) at anskaffelser som har en verdi som overstiger den nasjonale kunngjøringsterskelen skal inngås etter reglene i forskriftens del II. Ifølge Aftenposten 29. april 2008 fikk Selmer kr 1,1 million for sitt oppdrag og BAHR kr 792 000. Klager mener derfor at det er grunn til å stille spørsmål ved om departementet har foretatt ulovlige direkte anskaffelser. For øvrig følger det også av lovens § 5 (2) og forskriftens § 3-1 nr 1 at alle offentlige anskaffelser så langt som det er mulig skal være basert på konkurranse. Kontraktene med Selmer og BAHR ble tildelt direkte, uten noen form for konkurranse.

Innklagedes anførsler:

(13) Hydro-styrets offentliggjøring av utviklingen av opsjonsordningen for selskapets ledelse mv den 25. juli 2007 utløste en krise for selskapet som NHD (som den største eieren i firmaet) måtte løse umiddelbart. Eksperters offentlige fremførte tvil om styrevedtakets lovlighet, medias håndtering og uttalelser fra parlamentarisk hold gjorde at selskapets styre og ledelse kom under sterkt press. Det ble stilt spørsmålstegn ved tilliten til både styret og ledelsen, hvilket igjen rammet selskapets handlekraft og beslutningsdyktighet. Dette skapte en uholdbar situasjon som krevde en umiddelbar løsning for ikke å sette betydelige aksjonærverdier på spill. I den forbindelse var det helt nødvendig for NHD å bringe klarhet i om styret hadde handlet innenfor sine juridiske fullmakter. Dette var altså bakgrunnen for at advokatfirmaene Selmer og BAHR ble engasjert direkte uten forutgående kunngjøring og konkurranse.

(14) Det anføres at kontraktene med Selmer og BAHR må anses som to separate anskaffelser, og at forskriftens § 2-1 (2) bokstav c ga hjemmel for å inngå begge kontraktene direkte. Dette uavhengig av om klagenemnda kommer til at anskaffelsenes verdi må anses for å overstige den nasjonale terskelverdien. Forskriftsbestemmelsen er anvendelig også utenfor de klassiske force majeure tilfellene, så som for eksempel når betydelige økonomiske verdier står på spill, hvilket var tilfellet i denne saken. Det var uansett ikke tid til å fremlegge oppdragene for mer enn de tilbyderne som ble valgt. Siden Hydro er børsnotert, var det også viktig å begrense spredningen av børs sensitiv informasjon. Tilslutt er det heller ingen grunn til å tro at anskaffelsen kunne vært gjennomført rimeligere selv om flere hadde blitt spurt om tilbud. Dette fordi oppdragene er honorert etter vanlige markedspriser for denne type oppdrag. Det er heller ingen advokatfirmaer som har klaget på kontraktsinngåelsene.

(15) Selv om NHD ikke eksplisitt diskuterte prisen på oppdragene i forbindelse med kontraktsinngåelsene, hadde innklagede, ut fra tidligere oppdrag, kjennskap til selskapenes timepriser. Ut fra dette ble det anslått at verdien av kontrakten med Selmer var på ca kr 400 000 til kr 500 000 (det var da beregnet en timepris på kr 2500 og ca 200 timer, inkludert bistanden fra Arctic Securities og First Securities). Kontrakten med BAHR ble anslått til å ha en verdi på ca kr 300 000 (det var da beregnet en timepris på kr 2500 og ca 120 timer). Beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi må derfor anses forsvarlig. Krisesituasjonen gjorde at det ikke var tid til å gjennomføre en kunngjort konkurranse om oppdragene. Oppdragene måtte utføres i løpet av noen dager. Selmer hadde også god kjennskap til forholdene rundt selskapsendringene i forbindelse med fusjonen mellom Statoil og petroleumsvirksomheten i Hydro da firmaet allerede var engasjert som statens rådgiver i forbindelse med dette. Dette innebar også at selskapet

- visste at opsjonsordningen var et spørsmål som det måtte tas stilling til. BAHR ble engasjert fordi det viste seg at Regjeringsadvokaten var inhabil, på grunn av det nære slektskapet mellom regjeringsadvokat Fagernæs og en av de berørte Hydro direktørene.
- (16) Tilslutt anføres at departementet ikke kan se at det var mulig å reagere på situasjonen på et tidligere tidspunkt, da dette ville vært i strid med statens prinsipper for god eierstyring og i tillegg var det ingenting som tydet på at Hydro-styret ikke ville håndtere situasjonen på en lovlig måte og avvikle opsjonene i samsvar med de juridiske forpliktelsene de eksisterende opsjonsavtalene innebar. Styrets offentliggjøring den 25. juli 2007 må derfor etter dette anses som en uforutsett omstendighet som gjorde at det ikke var mulig å utsette anskaffelsene i den tiden det ville ta og gjennomføre en kunngjort konkurranse. Departementet bestrider også at det var mulig å handle annerledes enn det som ble gjort da styrets vedtak først forelå.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager anfører prinsipalt at kontraktsinngåelsene med Selmer og BAHR må anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Subsidiært er det anført at kravet til konkurranse i lovens § 5 og forskriftens § 3-1 er brutt, ved at kontraktene er inngått uten noen form for konkurranse.
- (18) Når det gjelder klagers subsidiære anførsel er denne omfattet av det ordinære kravet til saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Politikere har ikke slik klageinteresse med mindre de også er potensielle leverandører til anskaffelsen, jf klagenemndas sak 2008/55. Det er ikke tilfellet i denne saken. Klagenemnda behandler derfor ikke denne anførselen. Dette innebærer at klagenemndas behandling av saken begrenser seg til avgjørelse av klagers prinsipale anførsel, at det er begått en ulovlig direkte anskaffelse. For påstander om ulovlig direkte anskaffelse, følger det av klagenemndsforordningens § 13a at det ordinære kravet til saklig klageinteresse ikke gjelder. Klagen er rettidig

Hvorvidt innklagedes direkte anskaffelser fra Selmer og BAHR var ulovlig

- (19) Klagenemnda behandler først spørsmålet om kontraktene med Selmer og BAHR må anses for å tilhøre den samme anskaffelsen, eller om kontraktene utgjør uavhengige anskaffelser.
- (20) Av forskriftens § 2-3 (1) fremgår det at oppdragsgiver skal beregne den totale anskaffelsens anslåtte verdi på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp han kan komme til å betale eksklusiv mva for samtlige av de kontrakter som utgjør anskaffelsen. Det fremgår videre av forskriftens § 2-3 (4) at en planlagt anskaffelse av en bestemt ytelse ikke skal deles opp i den hensikt å unngå at bestemmelser i forskriften kommer til anvendelse.
- (21) Regelverket for offentlige anskaffelser gir i den foreliggende sak ikke nærmere retningslinjer for når kontrakter kan anses for å tilhøre den samme anskaffelsen.
- (22) Klagenemnda har behandlet spørsmålet om flere kontrakter må anses for å utgjøre den samme anskaffelsen i noen saker, jf spesielt sakene 2008/55, 2005/118 og 2003/8.
- (23) I sak 2008/55 kom nemnda til at kontraktene med Arnstad og Institutt for strategisk analyse bare for en helt begrenset del på 1/8 kunne anses for å tilhøre den samme anskaffelsen. Dette basert på at det kun var denne delen av kontraktene som kunne anses

for å dekke det samme behovet hos oppdragsgiver. I sak 2005/118 ble det avgjørende for vurderingen om det var én og samme anskaffelse at det dreide seg om én type arbeider som skulle leveres til én oppdragsgiver. I sak 2003/8 kom nemnda til at de ulike delarbeidene isolert sett ikke hadde noen selvstendig teknisk eller økonomisk funksjon, slik at de måtte ses i sammenheng og dermed også betraktes som del av den samme anskaffelsen. I tillegg ble det vektlagt at det var én og samme oppdragsgiver for alle arbeidene.

- (24) Fra EF-domstolens praksis er det særlig avgjørelsen i sak C-16/98 (Sydev) som er relevant. I dommen uttales det at det må tas utgangspunkt i om de kontraktene det gjelder må anses for å dekke det samme tekniske eller økonomiske behov, hvilket i denne saken var tilfellet for de kontraktene som gjaldt elektrisitetsforsyning, men ikke de som gjaldt veibelysning, (saken gjaldt begge deler). I vurderingen av om elektrisitetsforsyningskontraktene måtte anses for å tilhøre den samme anskaffelsen, ble det i tillegg lagt vekt på at kontraktene måtte anses for å være sterkt avhengige av hverandre, at kontraktene var inngått omtrent samtidig, med den samme oppdragsgiveren, at kontraktsytelsene var ensartet, samt at arbeidene skulle utføres innenfor et felles geografisk område.
- (25) Når det gjelder kontraktene i vår sak er de inngått med den samme oppdragsgiveren og på omtrent samme tidspunkt. Videre er det tale om likeartede ytelser, samt at i alle fall kontrakten med BAHR var avhengig av kontrakten med Selmer. Dette kan således tale for at kontraktene må anses for å tilhøre den samme anskaffelsen.
- (26) På den andre siden kan kontraktene ikke anses for å dekke det samme behovet hos oppdragsgiver. Etter nemndas syn skulle kontrakten med Selmer dekke oppdragsgivers behov for en selvstendig juridisk vurdering av Hydro-styrets vedtak, mens kontrakten med BAHR skulle dekke behovet for en kvalitetssikring av Selmers vurdering. Dette tilsier også at de to kontraktene ikke kunne vært tildelt til den samme oppdragstakeren. Dette må etter nemndas oppfatning bli det avgjørende i denne saken, og nemnda legger derfor til grunn at kontraktene ikke må anses for å utgjøre én anskaffelse.
- (27) Klagenemnda går så over til å vurdere hva som må legges til grunn som anskaffelsenes anslåtte verdi. Dersom nemnda kommer til at innklagedes estimerer ikke var forsvarlige, og at anskaffelsenes verdi må anses for å overstige kunngjøringsgrensen på kr 500 000 vil det innebære at anskaffelsen, som gjelder uprioriterte tjenester, er omfattet av forskriftens del I og II, jf forskriftens § 21- (5).
- (28) Av forskriftens § 2-3 (1) følger det at anskaffelsens anslåtte verdi skal beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp han kan komme til å betale eks mva for de kontrakter som utgjør anskaffelsen. I bestemmelsens andre ledd er det i tillegg fastslått at beregningen skal være holdbar på kunngjøringstidspunktet, eller for anskaffelser som ikke krever kunngjøring, på det tidspunkt oppdragsgiver etter en forsvarlig vurdering av markedet begynner å innhente tilbud.
- (29) I klagenemnda sak 2007/90 uttalte nemnda at vurderingen av om oppdragsgivers anslag kan anses forsvarlig alltid må bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering.
- (30) Av innklagedes tilsvare og opplysningene som fremgår av anskaffelsesprotokollene fremgår det at departementet anslo verdien av kontrakten med Selmer til å ligge mellom

kr 400 000 og kr 500 000 eks mva. Anslaget bygde på de erfaringene oppdragsgiver hadde med Selmers timepriser fra tidligere oppdrag, samt at oppdragsgiver hadde beregnet et samlet timeforbruk på 200 timer. For kontrakten med BAHR var det anslått en total verdi på kr 300 000 eks mva, med et forventet timeforbruk på 120 timer.

- (31) Av de innsendte fakturaene fra Selmer og BAHR viste det seg så at hvert av oppdragene totalt kostet om lag det dobbelte av det innklagede hadde estimert med. (Oppdraget til Selmer koster totalt kr 919 450 eks mva, mens oppdraget til BAHR totalt kostet totalt kr 634 256 eks mva.). Innklagede har ikke anført at oppdragene var overpriset. Det er istedenfor uttalt at de priser innklagede betalte må anses for å utgjøre markedsprisen for denne typen oppdrag, samt at det ikke er grunn til å tro at man kunne fått tjenestene rimeligere. Departementet har heller ikke redegjort nærmere for hvilke vurderinger som lå til grunn for de estimerte timeanslagene, eller hvorvidt det ble gjort en vurdering av hvor mange personer det var tenkelig at ville arbeide med oppdragene i hvert av advokatfirmaene. Ved kontraktinngåelsene med advokatfirmaene, ble det heller ikke gjort noen avtale vedrørende oppdragenes pris, eller for øvrig satt noen øvre rammer for oppdragenes omfang, utover at det ble fastsatt en leveringsfrist.
- (32) Basert på dette er klagenemnda kommet til at departementets anslag over anskaffelsen omfang ikke kan anses forsvarlig. I mangel av andre holdepunkter for hva som ville vært et forsvarlig anslag, finner klagenemnda at de beløp innklagede faktisk betalte må legges til grunn ved vurderingen av hva som ville vært et forsvarlig anslag for kontraktsverdien. Dette vil si at det ved vurderingen av hva som vill vært et korrekt anslag må legges til grunn at anskaffelsen fra Selmer hadde en anslått verdi på kr 919 450 eks mva, mens det for anskaffelsen fra BAHR må legges til grunn en anslått verdi på kr 634 256 eks mva. Anslagene for begge anskaffelser var således for lavt. Da korrekt anslått verdi for begge anskaffelsene oversteg kr 500 000, skulle begge anskaffelser som utgangspunkt vært kunngjort i henhold til forskriftens del II.
- (33) Neste spørsmål er om anskaffelsene kunne foretas direkte uten forutgående kunngjøring med hjemmel i forskriftens § 2-1 (2) bokstav c. Dersom det ikke er tilfellet vil det foreligge to ulovlige direkte anskaffelser.
- (34) Av forskriftens § 2-1 (2) bokstav c følger det at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse uten forutgående kunngjøring dersom ”*anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse*”.
- (35) Bestemmelsen oppstiller altså tre kumulative vilkår som alle må være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse. Det må foreligge uforutsette omstendigheter, anskaffelsen må ikke kunne utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse, og det må foreligge årsakssammenheng mellom de uforutsette omstendighetene og anskaffelsesbehovet.
- (36) Spørsmålet i denne saken blir derfor om Hydro-styrets vedtak og den situasjon som oppstod i forlengelsen av dette må anses som en uforutsett omstendighet, og om dette medførte at det var nødvendig å foreta en juridisk vurdering av vedtaket som ikke kunne utsettes i den tiden det ville tatt å gjennomføre en kunngjort konkurranse om oppdraget, jf §§ 9-1 og 10-1 i forskriftens del II. Av § 10-1 fremgår det at det ikke kreves noen absolutte minstefrister for gjennomføring av en kunngjort konkurranse etter forskriftens del II. Dette innebærer at slike konkurranser kan gjennomføres relativt raskt.

- (37) I klagenemndas sak 2006/105 fastslo nemnda at unntaksbestemmelsene i regelverket skal fortolkes strengt, og at det er oppdragsgiver som vil ha bevisbyrden for at unntakene kommer til anvendelse. Tilsvarende er også fastslått av EF domstolen for anskaffelser over EØS-terskelverdi i sakene 199/85, (kommisjonen mot Italia), C-394/02 (kommisjonen mot Hellas), C-126/03 (Kommisjonen mot Tyskland) mfl. EF domstolens avgjørelser over terskelverdi er etter nemndas oppfatning også relevant for anskaffelser som reguleres av forskriftens del II, dog slik at vilkårene i § 2-1 (2) c må anses å være noe mindre strenge enn vilkårene for anvendelse av § 14-4 d.
- (38) I Veileder FAD side 83 til 84 er det uttalt følgende om forståelsen av bestemmelsen:

”For at bestemmelsen skal kunne brukes må det foreligge uforutsette omstendigheter, det vil si forhold oppdragsgiver ikke har herredømme over. Dette vil for eksempel være tilfelle dersom det på grunn av såkalte force majeure liknende forhold, som jordskjelv, oversvømmelser, brann eller lignende er nødvendig å foreta en anskaffelse for å skaffe livsnødvendige varer, som for eksempel medisiner, matforsyning eller lignende. Oppbyggingsarbeid etter en naturkatastrofe, som det ikke er nødvendig å starte med før etter en vanlig anskaffelsesprosedyre, omfattes ikke av unntaksbestemmelsen. Med andre ord kan det tenkes tilfeller der deler av et prosjekt kan gjennomføres etter unntaksbestemmelsen (medisiner, mat) mens andre deler (oppbygningsarbeid) må følge de ordinære prosedyrene.

Andre uforutsette omstendigheter enn force majeure liknende forhold kan også oppfylle vilkåret om uforutsette omstendigheter. Dette kan for eksempel være tilfelle dersom oppdragsgivers leverandør uventet går konkurs eller leverandørens ansatte streiker, og anskaffelsen ikke kan utsettes i den tid det tar å gjennomføre en konkurranse. Det vil imidlertid ikke være tilstrekkelig grunnlag for å benytte unntaksbestemmelsen at det foreligger sterkt politisk press om rask gjennomføring av et prosjekt.

Det må foretas en konkret vurdering av om anskaffelsen objektivt sett ikke kan utsettes i den tid det tar å gjennomføre en konkurranse. Oppdragsgiver må kunne sannsynliggjøre at det å anvende de ordinære fristene i forskriftens del II vil få alvorlige konsekvenser. Et eksempel er at det er fare for liv eller helse, eller ødeleggelse av eiendom. Det er ikke tilstrekkelig grunn for å benytte bestemmelsen at anskaffelsen vil bli dyrere, eller mer ineffektiv, ved en konkurranse etter forskriftens del II. Det nevnes i denne forbindelse at konkurranse etter del II vil kunne gjennomføres relativt raskt siden det ikke gjelder noen minimumsfrister, se veilederens kapittel 11.

Det er et krav om årsakssammenheng mellom de uforutsette omstendighetene og behovet for anskaffelsen. Med andre ord må årsaken til at fristene i del II ikke kan overholdes skyldes de særlige omstendighetene. Dersom årsaken til at det haster er at oppdragsgiver burde planlagt sine anskaffelser bedre, kan bestemmelsen ikke benyttes.

Det avgjørende for vurderingen er hva en normalt påpasselig oppdragsgiver etter en objektiv vurdering burde ha forutsett.”

- (39) Problemstillingen er også behandlet i noen tidligere avgjørelser fra klagenemnda, jf blant annet sakene 2003/8, 2004/309, 2005/98, 2006/70 og 2007/77. Ingen av disse avgjørelsene godtar imidlertid at vilkårene for hasteprosedyre er oppfylt.

- (40) I EF-domstolens praksis er det særlig sakene 199/85, C-318/94, C-394/02, C-126/03, C-385/02 og T-148/04 som er relevant, hvorav den sistnevnte er den eneste avgjørelsen fra domstolen som aksepterer at vilkårene for hasteprosedyre var oppfylt. Begrunnelsen for å godta bruk av unntaksbestemmelsen i dette tilfellet synes være at det dreide seg om en helt kortvarig og midlertidig kontrakt (ca 1,5 mnd) om kjøp av en tjeneste som var svært viktig for utøvelsen av oppdragsgivers virksomhet, at begrunnelsen for å foreta anskaffelsen raskt var at en av de opprinnelige oppdragsgiverne hadde trukket seg på kort varsel, samt at den eksisterende leverandør nektet å levere utover den opprinnelige kontraktsperioden.
- (41) Klagenemnda finner det sannsynliggjort at situasjonen som oppstod rundt opsjonene var uventet og at innklagede verken kan kritiseres for ikke å ha forutsett at situasjonen ville oppstå eller behovet for kjøp av tjenester i denne forbindelse. Nemnda er på denne bakgrunn kommet til at den situasjon som oppstod i dette tilfellet må anses som så ekstraordinær at den må kunne karakteriseres som en uforutsett omstendighet.
- (42) Videre har innklagede i tilsvaret gitt en grundig redegjørelse for det hastebehov styrevedtaket medførte. Vedtaket utløste en krise for Hydro, som innklagede, som majoritetseier, måtte løse umiddelbart. Den tvil som ble reist vedrørende vedtakets lovlighet, gjorde at det ble stilt spørsmålstegn både ved selskapets styre og ledelse. Dette rammet igjen selskapets integritet, handlekraft og beslutningsdyktighet, og utgjorde derfor en helt uholdbar situasjon for et børsnotert selskap av Hydros størrelse. Situasjonen gjorde også at store aksjonærverdier ble satt på spill. Basert på dette var det tvingende nødvendig for innklagede å foreta en juridisk vurdering av Hydro-styrets vedtak, og denne vurderingen måtte i tillegg gjøres i løpet av noen få dager. Etter dette finner derfor klagenemnda at det er godtgjort at anskaffelsene av advokattjenestene fra Selmer og BAHR ikke kunne utsettes i den tiden det ville tatt å gjennomføre en kunngjort konkurranse om oppdragene etter bestemmelsene om dette i forskriftens del II. Når det gjelder kontrakten med BAHR, finner nemnda det i tillegg relevant at denne først ble tildelt BAHR da det viste seg at Regjeringsadvokaten var inhabil.
- (43) Innklagedes kontraktsinngåelser med advokatfirmaene Selmer og BAHR hadde etter dette rettslig grunnlag i forskriftens § 2-1 (2) bokstav c, og det foreligger derfor ikke noen ulovlige direkte anskaffelser.

Konklusjon: Nærings- og handelsdepartementets direkte anskaffelser fra Selmer og BAHR var ikke ulovlige.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser

20. oktober 2008

Andreas Wahl