

NOTAT

Til Sekretariat for kontrollutvalget i Hordaland fylkeskommune v/Roald Breistein

Fra Advokatfirmaet Thommessen v/Karl O Wallevik

Dato 12. juni 2015

Ansvarlig advokat: Karl O Wallevik

SEKRETARIAT FOR KONTROLLUTVALGET I HORDALAND FYLKESKOMMUNE - HABILITETSVURDERING

1 INNLEDNING

Vi er av sekretariatet for kontrollutvalget i Hordaland fylkeskommune ("**Sekretariatet**") anmodet om å vurdere hvorvidt Sekretariatet er inhabile til å bistå i anbudsprosesser knyttet til anskaffelse av revisjonstjenester for Hordaland fylkeskommune, samt for andre kommuner Sekretariatet har avtale med.

Kontrollutvalget for Hordaland fylkeskommunene, samt kontrollutvalgene i de øvrige kommuner Sekretariatet bistår, omtales i det følgende under fellesbetegnelsen "**Kontrollutvalgene**".

Bakgrunnen for henvendelsen er at revisjonsfirmaet KPMG ved flere anledninger, senest i brev av 28. mai 2015 til Tysnes kommune, har anført at Sekretariatet har for tette bindinger til revisjonsfirmaet Deloitte.

2 KONKLUSJON

På bakgrunn av de opplysninger vi har mottatt fra Sekretariatet i sakens anledning, foreligger det etter vår vurdering ikke "særegne forhold" som er "egnet til å svekke tilliten" til medlemmene av Sekretariatets "upartiskhet".

Det er dermed vår **konklusjon** at medlemmene av Sekretariatet ikke er inhabile til å bistå Kontrollutvalgene med gjennomføring av anbudskonkurranser for revisjonstjenester.

I det følgende vil vi redegjøre nærmere for vår vurdering av de habilitetsinnsigelser som er reist fra KPMGs side.

3 SAKENS BAKGRUNN

Det følger av forskrift om kontrollutvalg i kommuner og fylkeskommuner § 20 at Hordaland fylkeskommunes kontrollutvalg skal ha et sekretariat, som blant annet skal påse at saker som behandles av kontrollutvalget "er forsvarlig utredet".

Sekretariatet for kontrollutvalget Hordaland fylkeskommune har fem ansatte, og er også sekretariat for kontrollutvalgene i Austevoll, Bømlo, Eidfjord, Fitjar, Fusa, Kvam, Kvinnherad, Odda, Os, Samnanger, Stord, Sund, Tysnes, Ullensvang, Ulvik, Voss og Øygarden.

Ett av ansvarsområdene for Sekretariatet er å bistå kontrollutvalgene ved gjennomføring av anbudskonkurranser for anskaffelse av revisjonstjenester, herunder bistå ved evaluering og rangering av tilbudene.

Slik vi oppfatter saken har Sekretariatet på to unntak nær anbefalt å tildele kontrakt til Deloitte i samtlige anbudskonkurranser hvor Sekretariatet har bistått med evalueringen av tilbudene. De to konkurransene hvor Sekretariatet har anbefalt et annet revisjonsselskap enn Deloitte er etter det vi forstår:

- (1) Anskaffelse av revisjonstjenester for Austevoll kommune i 2013, hvor KPMG ble tildelt kontrakt. Ved første gjennomføringen av konkurransen anbefalte Sekretariatet at kontrakt ble tildelt Deloitte, men Austevoll valgte KPMG. Tildelingen ble klaget inn for KOFA, hvor Austevoll kommune ble felt for brudd på anskaffelsesreglene. I samsvar med anbefaling fra Sekretariatet ble det gjennomført ny konkurranse. Vi forstår det slik at Sekretariatet denne gang endte opp med å rangere tilbudet fra KPMG på topp.
- (2) Anskaffelse av revisjonstjenester for Bergen kommune i 2012, hvor Sekretariatet etter det vi forstår vurderte det slik at BDO hadde det beste tilbudet på regnskapsrevisjon, mens Deloitte hadde det beste tilbudet på forvaltningsrevisjon.

Videre forstår vi det slik at Sekretariatet i 2012 og 2014 arrangerte kurs over to dager for medlemmer av kommunale kontrollutvalg i samarbeid med Deloitte. Bakgrunnen for at det ble gjort på denne måten var at dette – ut fra betingelsene i fastprisavtalene 10 av kommunene hadde med Deloitte – ble ansett for kostnadseffektivt.

I 2012 var målgruppen for kurset kontrollutvalgene i de 17 kommunene Sekretariat bistår, og deltakelse var gratis for samtlige deltakere.

I 2014 var målgruppen utvidet til kontrollutvalgene i samtlige kommuner i Hordaland. For kommuner Deloitte ikke har avtale med, tok Deloitte en kursavgift på kr 900,- pr deltaker.

I januar 2016 er det etter det vi forstår planlagt gjennomført et tilsvarende kurs, men denne gang har Sekretariatet besluttet å stå som arrangør av kurset alene.

4 RETTSLIG VURDERING

Innledningsvis presiseres at Sekretariatet *som sådan* ikke kan bli ansett for å være et inhabilt organ. Inhabilitetsreglene i forvaltningsloven regulerer inhabilitet for *tjenestemenn personlig*, ikke for forvaltningsorganer.

Det kan riktignok tenkes at det ut fra ulovfestede prinsipper i helt spesielle tilfeller kan være grunn til å stille krav om at en sak skal overføres til et annet organ av habilitetshensyn. Etter vår oppfatning er det imidlertid klart at terskelen for at en slik – eventuell – ulovfestet unntaksregel skulle komme til anvendelse ikke er oppfylt i dette tilfellet.

Det rettslige grunnlaget for eventuell inhabilitet i herværende sak er derfor forvaltningsloven § 6 andre ledd, som KPMG også viser til i sitt brev til Tysnes kommune av 28. mai 2015.

Den rettslige hovedproblemstillingen blir dermed om det foreligger "særegne forhold" som er "egnet til å svekke tilliten" til ett eller flere medlemmer av Sekretariatet sin "upartiskhet", jf forvaltningsloven § 6 andre ledd.

Hvorvidt terskelen for inhabilitet etter forvaltningsloven § 6 andre ledd er oppfylt vil bero på en helhetsvurdering, hvor det blant annet skal legges vekt på om avgjørelse i saken kan innebære "særlig fordel, tap eller ulempe" for Sekretariatsmedlemmene, eller for noen som Sekretariatsmedlemmene "har en nær personlig tilknytning til".

Sentrale hensyn ved anvendelsen og fortolkningen av forvaltningsloven § 6 andre ledd er på den ene side *hvordan tilknytningsforholdet som påstås å medføre inhabilitet fremstår utad*, og på den annen side *hensynet til effektive og praktikable habilitetsregler*.

På anskaffelsesområdet må det i tillegg hensyntas at det generelt kan være grunn til noe strengere praktisering av habilitetsreglene, samtidig som reglene ikke må praktiseres så strengt at de er til hinder for at det offentlige får tilgang til kvalifisert bistand i forbindelse med gjennomføring av anbudsprosesser.

Momentene som kan *anføres* å tale for at det forligger inhabilitet i dette tilfellet er følgende:

- (1) *Rent statistisk* er det holdepunkter for å hevde at Deloitte i større utstrekning enn ellers i landet har vunnet anbudskonkurranser for revisjonstjenester i kommuner hvor Sekretariatet har forberedt saken for kontrollutvalget.
- (2) Deloitte og Sekretariatet arrangerte og promoterte i 2012 og 2014 i fellesskap et kursopplegg for medlemmer av kommunale kontrollutvalg som kan hevdes å gi inntrykk av "bindinger" mellom Deloitte og Sekretariatsmedlemmene.
- (3) Inhabilitetsinnsigelse er reist av KPMG, jf. forvaltningsloven § 6 tredje ledd hvor det fremgår at det skal legges vekt på "om ugildhetsinnsigelse er reist av en part". Det har også blitt stilt spørsmål ved Sekretariatets uavhengighet fra leder i kontrollutvalget i en kommune som i dag benytter KPMG som revisor.

Etter vår vurdering gir ikke disse momentene, verken isolert eller samlet sett, grunnlag for å konkludere med at en eller flere av Sekretariatsmedlemmene er inhabile.

Når det gjelder moment nr (1) er utgangspunktet at den statistiske fordeling av utfallet av de konkurranser hvor Sekretariatet har vært involvert er irrelevant for habilitetsvurderingen. Det er tilknytningsforholdet *i seg selv* som må begrunne en eventuell inhabilitet, ikke utfallet av de saker hvor Sekretariatet har vært involvert.

I forlengelsen av dette bemerkes at det heller ikke ville vært et argument mot inhabilitet om KPMG hadde kommet påfallende godt ut av konkurranser hvor Sekretariatet har bistått i prosessen. Av samme grunn er det heller ikke relevant for inhabilitetsvurderingen at kommuner hvor Sekretariatet ikke har forberedt saken også har valgt Deloitte som leverandør av revisjonstjenester.

Saken vil naturligvis stille seg annerledes om det finnes *objektive holdepunkter* for at Sekretariatet i en eller flere anbudsprosesser har favorisert Deloitte. På bakgrunn av de opplysninger vi har mottatt kan vi ikke se at det er noen holdepunkter for dette.

Dersom KPMG hadde hatt noe å utsette på de konkrete vurderinger Sekretariatet har foretatt ved tidligere tildelinger, hadde det også vært grunn til å forvente at KPMG ville påklaget disse. Slik vi har forstått det har imidlertid ikke KPMG påklaget tidligere tildelingsbeslutninger hvor Sekretariatet har utredet/forberedt saken, heller ikke tildelingen for revisjonstjenester for Kvam kommune som

KPMG konkret har trukket frem som et påstått eksempel på at Sekretariatet ikke har foretatt en uholdt vurdering.

Oppsummert kan vi ikke se at det er forhold knyttet til *utfallet* av de anbudsprosesser hvor Sekretariatet har bistått som tilsier at Sekretariatsmedlemmene er inhabile.

For så vidt angår moment nr (2) kan felleskursene som ble arrangert i 2012 og 2014 etter vårt syn ikke anses for å være et "særegent forhold " som er "egnet til å svekke tilliten" til Sekretariatsmedlemmenes "upartiskhet".

For det første medførte ikke felleskursene etter det vi kjenner til noen personlige fordeler for medlemmene av Sekretariatet.

For det andre må det generelt nærmest være utelukket at et rent profesjonelt samarbeid i forbindelse med gjennomføringen av et kursopplegg *i seg selv* skal kunne medføre inhabilitet.

For det tredje hadde finansieringen og organiseringen av felleskursene en rasjonell og rimelig begrunnelse i hensynet til kostnadseffektiv ressursutnyttelse.

I realiteten må eventuell inhabilitet knyttet til felleskursene forankres i at samarbeidet indikerer "en sterk personlig tilknytning" mellom en eller flere av Sekretariatsmedlemmene og en eller flere personer i Deloitte.

Etter vårt syn er det klart at gjennomføringen av disse to kursene ikke alene er tilstrekkelig til å sannsynliggjøre personlige relasjoner mellom ansatte i Deloitte og Sekretariatsmedlemmene av en slik karakter.

Når det gjelder moment nr (3) kan dette bli utslagsgivende i tilfeller hvor inhabilitetsvurderingen ellers byr på tvil. I dette tilfellet fremstår ikke habilitetsspørsmålet som spesielt tvilsomt. At inhabilitetsinnsigelse er reist av en part kan derfor etter vår oppfatning ikke tillegges avgjørende betydning.

Det må også hensyntas at det er meget utbredt, og i utgangspunktet helt uproblematisk, at oppdragsgiver har hatt tidligere erfaringer og/eller kontakt med en eller flere tilbydere i en anbudskonkurranse. Den terskel for inhabilitet som KPMG synes å basere sin inhabilitetsinnsigelse på, vil i praksis kunne gjøre det unødvendig krevende å anvende samme personell til å bistå ved suksessive anbudskonkurranser. Dette taler også mot at terskelen for inhabilitet legges så lavt som KPMG anfører.

Samlet sett kan vi ikke se at det er holdepunkter for at noen av Sekretariatsmedlemmene er inhabile til å bistå Kontrollutvalgene ved fremtidige anbudskonkurranser for revisjonstjenester.

Vi understreker for ordens skyld at vår vurdering er basert på at det ikke foreligger sterke venns- eller motsetningsforhold mellom medlemmer av Sekretariatet og ansatte i Deloitte og/eller KPMG. I den grad det skulle foreligge personlige forbindelser av en slik karakter vil dette nødvendigvis gjøre en mer nyansert habilitetsvurdering.

Helt avslutningsvis bemerkes at det fremstår som litt uheldig at Sekretariatet og Deloitte i fellesskap stod som arrangør for – og promoterte – kursene som ble avholdt i 2012 og 2014, jf. forskrift om kontrollutvalg i kommuner og fylkeskommuner § 20 tredje ledd første punktum hvor det fremgår at Sekretariatet "skal være uavhengig av ... den eller de som utfører revisjon for kommunen eller fylkeskommunen".

Selv om et slikt avgrenset kurssamarbeid som det her var tale om etter vår vurdering ikke medfører inhabilitet, og heller ikke var i strid med forskrift om kontrollutvalg i kommuner og fylkeskommuner § 20 tredje ledd, kan slik felles opptreden utad gi (unødvendig) grobunn for spekulasjoner hos andre aktører. Sekretariatet bør generelt utvise stor varsomhet når det gjelder å inngå samarbeid med aktuelle eller potensielle tilbydere i konkurranser hvor Sekretariatet vil være involvert. At Sekretariatet alene står ansvarlig for kurset som planlegges gjennomført i januar 2016, fremstår således som en klok beslutning.

Med vennlig hilsen

Advokatfirmaet Thommessen AS



Karl O Wallevik
Advokat