

Hovden Løypekjøring AS

Innledning

Kontrollutvalget i Bykle kommune mottok et brev fra en ansatt i Hovden Løypekjøring AS hvor det ble stilt spørsmål vedrørende driften i selskapet. Hovden Løypekjøring AS er et aksjeselskap heleid av Bykle kommune. I løpet av 2020 gjennomgikk selskaper i Bykle kommune en konserndannelse, og Hovden Løypekjøring AS ble datterselskap til Bykle Hovden Vekst AS.

Kontrollutvalget i Bykle kommune vedtok på bakgrunn av dette følgende vedtak i sak 03/20:

Kontrollutvalet ber revisjonen lage eit notat på saka til neste møte. Revisor tek utgangspunkt i notat av 17.11.20 med tillegg av punkt nevnt i møte vedrørende anbudsutlysning og anbodspapira.

I notat av 17.11.20 kom det frem som en hovedproblemstilling hvorvidt løypekjøringa hadde utført oppdrag og beskjeder som de hadde fått fra kommunen som eier av selskapet. Herunder kom det fram saker som det kunne være aktuelt for kontrollutvalget å vurdere.

Revisjonen har i arbeidet tatt utgangspunkt i notat av 17.11.20, samt ønske om at det skulle bli sett på utlysningen av konkurransen og anskaffelsesdokumentene. Underveis i arbeidet har vi hatt møte og kontakt på telefon og e-post med ansatte i Hovden Løypekjøring, nåværende og tidligere daglig leder, samt styreleder. På bakgrunn av dette har revisjonen vurdert problemstillinger som har reist seg vedrørende forhold ved Hovden Løypekjøring AS. Sakene gjelder;

- Løypekjøring under Covid-19 pandemien
- Gjennomføring av konkurranse om løypekjøring
- Økonomien til Hovden Løypekjøring AS

Løypekjøring under Covid-19

13. mars 2020 ble det avholdt møte i Hovden Løypekjøring AS angående covid-19 situasjonen som hadde oppstått. Både kommunedirektør og ordfører deltok på møte¹. De ansatte reagerte på at de måtte kjøre løyper da det forelå klare oppfordringer til befolkningen om å ikke reise på hyttene. De ansatte mente skiløypene tiltrakk seg folk, og de ønsket dermed ikke å kjøre løyper.

¹ Kommunedirektør og ordfører ble gitt fullmakt til å representere generalforsamlingen i vedtak i sak PS 1/2019 jf. møteprotokoll fra Eiermøte for kommunale selskaper avholdt 11. desember 2019

Styret og daglig leder var enig i at det skulle kjøres løyper, samt at selskapets eier ønsket at løyper skulle kjøres. Det ble bestemt i møtet at løypene skulle kjøres til tross for Covid-19, og de ansatte fikk beskjed om dette.²

Det foreligger et notat³ hvor beredskapsgruppa i Bykle kommune har vurdert løypekjøringen særskilt. Her kommer det frem at kommunelegen har konkludert med at det ikke var faglig grunnlag for å iverksette restriksjoner i forbindelse med løypekjøringa. Videre fremkommer det av notatet at begrunnelsen er kommunisert ut via krisedeler/kommunedirektør til Hovden Løypekjøring AS. Notatet er vedlagt møteinnkallingen til kommunestyremøte 19. mars 2020, og saken vedrørende løypekjøringen var oppe som referatsak i møte. Samme dag som kommunestyremøte ble avholdt, ble det innført nasjonalt hytteforbud på bakgrunn av covid-19. I kommunestyre ble det uttalt at det på grunn av hytteforbudet ville være en korrekt beslutning å fortsatt kjøre løyper, da hyttefolk uansett ikke ville komme til Bykle.

Revisjonens vurdering

Det ble vurdert av kommunen at det ikke var faglig grunnlag for å iverksette restriksjoner i forbindelse med løypekjøringa. Revisjonen vurderer at selskapet har forholdt seg til kommunens ønsker og anbefalinger når det gjelder løypekjøring under covid-19.

Anskaffelsesprosessen

Det er stilt spørsmål ved to forhold vedrørende gjennomføring av konkurransen om løypekjøring:

1. For det første er det stilt spørsmålet ved om oppdragsgiver fulgte lov og forskrift om offentlige anskaffelser ved gjennomføring av konkurransen om løypekjøring i Bykle kommune.
2. Det er også stilt spørsmål til hvorvidt konstituert daglig leder hadde myndighet til å lyse ut konkurransen om løypekjøring.

1. Anskaffelsesregelverket

Under dette kapittelet tar vi for oss problemstillingen om hvorvidt oppdragsgiver fulgte lov og forskrift om offentlige anskaffelser ved gjennomføring av konkurransen om løypekjøring i Bykle kommune.

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse når kommunen inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter, eller gjennomfører plan- og designkonkurranser, med en verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. merverdiavgift, jf. lovens § 2, og forskriften §§ 1-1 og 1-2. Det følger av loven § 4 at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet.

² Referat fra ekstraordinært personalmøte, 13. mars 2020

³ Notatet ble utarbeidet 16. mars 2020 (ifølge dokumentets egen informasjon).

AGDER KOMMUNEREVISJON IKS

I anskaffelsesforskriften (FOA) § 5-1 reguleres anvendelsesområde for forskriftens ulike deler. Av bestemmelsens første ledd følger det at del I gjelder for anskaffelser som er omfattet av forskriften. Ifølge bestemmelsens annet ledd gjelder reglene i forskriftens del II for kontrakter om særlige tjenester med en anslått verdi på minst 1,3 millioner kroner ekskl. mva. Hvilke tjenester som er særlige tjenester fremgår av FOA vedlegg 2. Rekreasjon, kultur og sport med CPV-kode 92000000-92700000 er ifølge vedlegg 2 regnet som særlige tjenester.

I verken lov eller forskrift om anskaffelser finner vi uttrykkelige bestemmelser om kontraktsvarighet. Hovedregelen som gjelder for rammeavtaler, gjelder ikke for enkeltstående anskaffelser. De grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 setter imidlertid visse begrensninger. Prinsippene om konkurranse og forholdsmessighet kan tilsi at oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakter med lenger varighet enn det som er nødvendig. Oppdragsgiver kan altså ikke omgå anskaffelsesregelverket ved å inngå kontrakter med uforholdsmessig lang varighet.⁴ Hvorvidt den fastsatte kontraktsperioden er så lang at den er i strid med kravet til konkurranse i anskaffelsesloven § 4 beror på en konkret vurdering. I en slik vurdering må avtalens konkurranseregulerende effekt vurderes ut fra hvilke andre hensyn som kan tilsi at kontrakten må gjelde for et lengre tidsrom.⁵

Det fremkommer av § 8-20 at all kommunikasjon og informasjonsutveksling mellom oppdragsgiveren og leverandørene skal skje i henhold til kapittel 22. Av § 22-3 første ledd følger det at oppdragsgiveren skal sikre at forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud holdes fortrolig, og at innholdet beskyttes mot endringer og uautorisert innsyn under overføring og lagring. Av bestemmelsens annet ledd fremkommer det at ingen skal ha tilgang til innholdet i forespørslene om å delta i konkurransen eller i tilbudene før fristen for mottak har løpt ut. Oppdragsgiveren kan dermed ikke åpne opp for innlevering av tilbud per e-post.⁶ For at fortroligheten skal sikres må oppdragsgiver benytte konkurransegjennomføringsverktøy. Ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler som ikke sikrer fortrolighet kan dette medføre en plikt til å avlyse konkurransen, men det er ingen automatikk i at avlysning må finne sted.⁷

Videre fremgår det av FOA § 8-4 at det skal utarbeides et konkurransegrunnlag, med mindre kunngjøringen inneholder opplysninger som er angitt i annet ledd. Det følger av bestemmelsens annet ledd hva konkurransegrunnlaget skal inneholde. Blant annet skal konkurransegrunnlaget inneholde dokumenter som beskriver hva som skal anskaffes, kontraktsvilkår og hvordan oppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen. Utformingen av konkurransegrunnlag må være i samsvar med de grunnleggende prinsippene til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarehet i anskaffelsesloven § 4. Konkurransegrunnlaget må dermed utformes på en klar og utvetydig måte. Dette innebærer at konkurransegrunnlaget må inneholde "tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud."⁸

Ifølge FOA § 8-12 skal kontraktsvilkårene ha tilknytning til leveransen og fremgå av anskaffelsesdokumentene. Kontraktsvilkårene skal dermed være forutberegnelige for potensielle leverandører. Videre presiserer revisjonen at kontraktsvilkårene også må være i samsvar med de grunnleggende prinsippene som fremkommer av anskaffelsesloven § 4. Av

⁴ NOU 2014: 4, s. 134

⁵ KOFA sak 2010/23

⁶ «Anskaffelsesloven med forskrift, kommentarutgave», Marianne Dragsten, 2020

⁷ KOFA sak 2014/133

⁸ KOFA sak 2016/155

anskaffelsesloven § 4 følger det dermed at kontraktsvilkårene skal være i samsvar med kravene til forholdsmessighet. Herunder følger det at de hensynene som kontraktsvilkåret skal ivareta, skal være saklig begrunnet og ikke mer vidtgående enn hva formålet med vilkåret tilsier.⁹ For at kontraktsvilkårene skal være i samsvar med prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i anskaffelsesloven § 4 må kontraktsvilkårene være klart utformet i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiveren kan dermed ikke senere gjøre gjeldende kontraktsbestemmelser som det ikke er opplyst om i anskaffelsesdokumentene.

Oppdragsgiveren kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger saklig grunn jf. FOA § 10-4. Kravet til forutberegnelighet må anses som en del av saklighetskravet.¹⁰ Dette refererer seg først og fremst til at regelverket må følges, både skrevne regler, men også de som kan utledes av det alminnelige kravet til lojalitet i avtaleforhold. Konkurranser som ikke fullt ut er reelle, men som bare har til hensikt å teste markedet vil for eksempel rammes under dette.

I FOA del I, kapittel 7 gis det fellesbestemmelser som gjelder for alle anskaffelser som skal gjennomføres etter forskriften. Av § 7-1 følger det en dokumentasjonsplikt. Vesentlige forhold for gjennomføringen av anskaffelsen skal nedtegnes eller samles i en protokoll jf. § 7-1 tredje ledd. De konkrete krav som gjelder for en anskaffelsesprotokoll ved anskaffelser regulert av del II i forskriften kommer frem i § 10-5. Ifølge bestemmelsens første og annet ledd skal oppdragsgiver føre protokoll for gjennomføringen av anskaffelsen, og protokollen skal inneholde opplysninger opplistet i bestemmelsen, i den utstrekning de er relevante. Slike opplysninger gjelder blant annet en beskrivelse av hva som skal anskaffes og den anslåtte verdien av anskaffelsen, navnet på leverandørene som har levert tilbud, navnet på den valgte leverandøren, begrunnelsen for valget og kontraktens verdi.

På tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen skal beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi være forsvarlig, jf. FOA § 5-4 annet ledd. Den anslåtte verdien av anskaffelsen skal, som nevnt i avsnittet over, dokumenteres i anskaffelsesprotokollen.

Dersom en av leverandørene er uenig i en beslutning tatt av oppdragsgiveren kan han klage direkte til oppdragsgiveren. Oppdragsgiveren har en plikt til å begrunne sine beslutninger. Ut ifra begrunnelsen må det være mulig for leverandøren å etterprøve om oppdragsgiverens beslutninger er i samsvar med anskaffelsesregelverket og de reglene som oppdragsgiveren har satt for gjennomføringen av konkurransen.¹¹

Faktiske Forhold

Hovden Løypekjøring AS kunngjorde 11. juli 2020 en konkurranse vedrørende løypekjøring i Bykle kommune. Konkurransen er lagt ut som en åpen anbudskonkurranse med hoved CPV-kode 92610000. Tjenesten som ble ønsket anskaffet anses som en særlig tjeneste ifølge FOA vedlegg 2, og anskaffelsen reguleres av FOA del I og II. Avtaleperioden ble satt til 5 år pluss opsjonstid på 2 år.¹² Verken i kunngjøringen, konkurransegrunnlaget eller i anskaffelsesprotokollen er det oppgitt en anslått verdi på anskaffelsen.

⁹ «Anskaffelsesloven med forskrift kommentarutgave», Marianne Dragsten, 2020

¹⁰ Rt. 2001 s. 473

¹¹ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, kap. 44

¹² Kontraktstiden kan anses som relativt lang. Revisjonen vurderer imidlertid at kontraktperioden i dette tilfelle ikke er så lang at den er i strid med kravet til konkurranse i anskaffelsesloven § 4. I den konkrete vurderingen har revisjonen lagt vekt på investeringen som Hovden Hytteservice AS har måtte foretatt etter kontraktsinngåelsen, og herunder avskrivningstiden for disse kostnadene.

AGDER KOMMUNEREVISJON IKS

Av konkurransegrunnlaget fremkommer det at tilbud skal leveres på daglig leder sin e-post innen 13. august 2020. Videre i konkurransegrunnlaget står det at Hovden Løypekjøring AS vil utarbeide kontrakt for signering av parter. Hvilke kontraktsvilkår som gjelder i denne kontrakten, fremkommer ikke tydelig av konkurransegrunnlaget. I kontrakten som er inngått med vinner av konkurransen er det lagt til kontraktsvilkår som ikke fremkommer av anskaffelsesdokumentene. Det opplyses i konkurransegrunnlaget at Hovden Løypekjøring AS kan avlyse konkurransen til enhver tid.

Det er stilt særlig spørsmål ved to forhold i konkurransegrunnlaget;

Ett av forholdene gjelder krav om leie av verksted under Hovden badeland. Det følger av konkurransegrunnlaget at «komplett verksted under badeland vil inngå som en del av tilbudet, årlig leie 100 000,- eks mva.» Videre fremkommer det at «det tegnes egen avtale med Hovden Prosjektutvikling på leie av verksted. Faktureres tilbyder utenom avtalen.» Kontraktsvilkårene som skal gjelde for avtalen fremgår dermed ikke av anskaffelsesdokumentene. Gautland var på dette tidspunkt også daglig leder i Hovden Prosjektutvikling. Daglig leder har begrunnet utleie av verkstedet med at det ville gjøre det lettere for leverandører å kunne gi tilbud, ved at mangel på verksted/garasje ikke skulle hindre selskaper for å levere inn tilbud.

Vedlikehold av maskiner ble utført i verksted utleid av Hovden prosjektutvikling¹³ også da Hovden Løypekjøring AS selv stod for løypekjøringen.¹⁴

Det andre forholdet det er stilt særlig spørsmål til i konkurransegrunnlaget gjelder 3 maskiner som ifølge konkurransegrunnlaget inngikk i tilbudet. Av konkurransegrunnlaget fremkommer det at verdien av disse maskinene måtte innkalkuleres i tilbudet, men at tilbyder også måtte kjøpe inn maskiner selv for å kunne ivareta det som beskrives av oppgaver.¹⁵ Av konkurransegrunnlaget fremkommer ikke maskinenes alder eller den estimerte verdien av maskinene. Følgende beskrivelse gis av maskinene;

“PB 400 har gått mye og tungt så usikkert om den vil klare en vinter til. De 2 små fungerer greit, men er en del år og litt slitte. Er en del deler og ekstra utstyr som kan benyttes om noe skal gå i stykker.”

Ved fristens utløp 13. august var det kommet inn to tilbud. Avtale ble inngått med Hovden Hytteservice AS.¹⁶ 4. september kom det inn klage fra den av tilbyderne som ikke ble tildelt kontrakt. Klager ønsket at hele konkurransen skulle annulleres, og bestod i utgangspunktet av tre påstander¹⁷:

1. At muligheten for tilbydere til å kunne levere tilbud både på KGV og på e-posten til daglig leders e-post var i strid med anskaffelsesregelverket.

¹³ Pris for årlig leie var 50 000,- på dette tidspunkt

¹⁴ Jf. saksfremlegg til kommunestyremøte 13. august 2020

¹⁵ Begrunnelsen for innkalkuleringen av maskinene fremkommer ikke av anskaffelsesprotokollen. Det følger imidlertid av et saksfremlegg til kommunestyret 13. august 2020 at anbudet er lagt ut med forutsetning/vilkår om inndekking/finansiering, og at virksomheten får inn tilbud som er rimeligere enn det en vurderer at virksomheten kan få til i egen regi.

¹⁶ Begge parter hadde signert kontrakt 14. September 2020.

¹⁷ Revisjonen har kun sett på forholdene rundt punkt 1 da vi vurderer at de andre punktene faller utenfor revisjonens mandat i saken.

AGDER KOMMUNEREVISJON IKS

2. At Bykle kommunestyre er generalforsamling for Bykle Hovden Vekst AS (BHV) og at de ikke har behandlet valg av styre eller årsregnskap for 2019, for BHV. Videre står det at det da ikke er fattet gyldig vedtak i rettmessig organ og dermed er styret heller ikke gyldig. Følgelig har ikke styret kompetanse til å gjøre de disposisjoner vedrørende anskaffelser som er gjort, på vegne av Bykle kommune.
3. Innsyn i prosessen er vanskelig gjort ved at tilnærmet all informasjon fra tilbyder er sladdet.

Klager mottok avvisning av klagen uten begrunnelse, og tildelingen til Hovden Hytteservice AS ble opprettholdt.

Revisjonens vurdering

Revisjonen vurderer på bakgrunn av dette at det foreligger flere svakheter ved gjennomføringen av konkurransen:

Oppdragsgiveren kan ikke åpne opp for innlevering av tilbud per e-post, og revisjonen vurderer at muligheten for innleveringen av tilbud til daglig leders e-post er i strid med FOA § 22-3.

Ifølge FOA § 5-4 første ledd skal oppdragsgiveren beregne kontraktens verdi på grunnlag av et anslag over den samlede betalingen ekskl. mva., inkludert enhver form for opsjon som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene. I anskaffelsesprotokollen er den anslåtte verdien på anskaffelsen satt til 0,-. Revisjonen vurderer dermed at oppdragsgiver ikke har foretatt en forsvarlig beregning av verdien på anskaffelsen på tidspunkt for kunngjøringen av konkurransen, jf. FOA § 5-4 annet ledd.

Kontraktsvilkårene skal fremgå av anskaffelsesdokumentene jf. FOA § 8-12, og for å sikre etterprøvbarehet og forutberegnelighet skal vilkårene være klart utformet jf. anskaffelsesloven § 4. Revisjonen vurderer at kontraktsvilkårene ikke kommer tydelig fram i konkurransegrunnlaget, samt at oppdragsgiver har gjort gjeldende kontraktsbestemmelser ved inngåelse av kontrakt, som det ikke er opplyst om i anskaffelsesdokumentene.

Ifølge FOA § 10-4 kan oppdragsgiver avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn. Av konkurransegrunnlaget til løypekjøringen følger det at konkurransen kan avlyses til enhver tid. Revisjonen anser dette som at oppdragsgiver mener å kunne avlyse konkurransen uten at kravet til saklig grunn blir vurdert. Revisjonen opplyser om at oppdragsgiver ikke kan forbeholde seg en mer omfattende rett til å avlyse en konkurranse enn den som følger av forskriften.¹⁸

Begrunnelsen til selskapet for å sette krav om leie av verksted under Hovden badeland var å gjøre det lettere for leverandører å kunne gi tilbud ved mangel på verksted. Revisjonen vurderer at intensjonen var god. Vi vurderer imidlertid at kravet kunne gjøre det vanskeligere for en leverandør å inngi tilbud. For eksempel ved at en leverandør allerede har verksted og blir påtvunget en leie på et verksted for 100 000,- eks. mva. Hadde det vært en opsjon for leverandøren å leie verkstedet ville det kunne fremme konkurranse. Slik som kravet fremkommer av konkurransegrunnlaget vurderer imidlertid revisjonen at kravet er konkurransebegrensende, og at kravet er i strid med lov om offentlige anskaffelser § 4.

¹⁸ KOFA sak 2007/71

AGDER KOMMUNEREVISJON IKS

Det fremkommer av konkurransegrunnlaget at «det tegnes egen avtale med Hovden Prosjektutvikling på leie av verksted.» Revisjonen understreker at kontraktsvilkårene skal fremgå av anskaffelsesdokumentene.

Forutsetningene for innkalkulering av prisene på maskinene er ikke klargjort. Konkurransegrunnlaget må være klart og utvetydig utformet, slik at alle leverandører forstår det nøyaktige innholdet av dokumentene. De opplysningene som er nødvendig for at leverandørene skal kunne inngi tilbud på likt grunnlag må dermed opplyses om i konkurransegrunnlaget. Manglende informasjon om alder og verdi kan påvirke tilbydernes priser. Revisjonen vurderer dermed at konkurransegrunnlaget er uklart og ikke oppfyller kravet til forutberegnelighet og likebehandling i anskaffelsesloven § 4.

2. Styret og daglig leders myndighet

Under dette kapittelet tar vi for oss problemstillingen om hvorvidt konstituert daglig leder hadde myndighet til å lyse ut konkurransen om løypekjøring.

Aksjeloven og selskapets vedtekter

Aksjeeierne utøver sin myndighet gjennom aksjeselskapets øverste organ, generalforsamlingen. Det er generalforsamlingen som velger styret, og organet kan gi styret både generelle og konkrete instruksjoner. Kompetanse til å forestå forvaltningen av selskapet eller å opptre utad på vegne av selskapet ligger imidlertid ikke til generalforsamlingen.

Det følger av aksjeloven (asl.) § 6-12 første ledd at forvaltningen av selskapet hører under styret. Styret skal sørge for forsvarlig organisering av virksomheten og det er styret som har hovedansvaret for forvaltningen av selskapet. Styrets kompetanse er imidlertid ikke ubegrenset.¹⁹ Styrets kompetanse begrenses av vedtektenes virksomhetsangivelse, når det gjelder salg, opphør eller betydelig omlegging av selskapets virksomhet eller vesentlig deler av denne. Dersom selskapet ikke lenger skal drive sin vedtektsbestemte virksomhet må saken forelegges generalforsamlingen med mindre det dreier seg om en helt midlertidig situasjon.²⁰

Aksjeloven forutsetter at styrets beslutninger fattes i vedtaks form. Det foreligger ikke noen styrebeslutning før et formelt vedtak er fattet, selv om styret kan ha kjennskap til at daglig leder arbeider med ulike forhold. Som aksjeselskap regnes hvert enkelt selskap som en selvstendig juridisk person, og styret i morselskap har dermed ikke beslutningsmyndighet for datterselskaper. Det må foreligge selvstendige vedtak i hvert enkelt selskap.

Kompetansen til å tilsette daglig leder ligger i utgangspunktet til styret, dersom det ikke er bestemt i vedtektene at dette skal gjøres av generalforsamlingen, jf. asl. § 6-2 annet ledd. Ifølge asl. § 6-14 første ledd står daglig leder for den daglige ledelse av selskapets virksomhet og at daglig leder skal følge de retningslinjer og pålegg styret har gitt. Daglig leder har dermed kompetanse til å fatte beslutninger og binde selskapet i alle forhold som dreier seg om den daglige ledelse, men han skal også iverksette de beslutninger som styret vedtar. I asl. § 6-14 annet ledd fremkommer det at den daglige ledelsen ikke omfatter saker som etter selskapets forhold er av uvanlig art eller stor betydning. Hva som faller inn under uvanlig art eller stor

¹⁹ Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 126-127

²⁰ «Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave», Aarbakke m.fl., s. 481

AGDER KOMMUNEREVISJON IKS

betydning vil måtte underlegges et konkret skjønn. Vurderingen vil måtte ta i betraktning selskapets størrelse og virksomhetens omfang, samt virksomhetens art.

Av § 3 i selskapets vedtekter følger det at selskapets formål er opparbeiding, oppkjøring, tilrettelegging og vedlikehold av løype- og turskinettet i Bykle kommune, samt andre nærliggende aktiviteter.

Faktiske forhold

Arve Andersson (som styreleder) og Eivind Robert Buckner ble valgt inn i styret i Hovden Løypekjøring AS 26. juni 2020.²¹ Gautland jobbet fra dette tidspunkt som daglig leder, men han ble ikke registrert som daglig leder i foretaksregisteret før november 2020.²² Pålsson var i foretaksregisteret registrert som daglig leder fra november 2019 til november 2020.

Fredag 3. juli 2020 ble det avholdt teams styremøte i Bykle og Hovden Vekst AS med datterselskaper. Ifølge referatet ble følgende informasjon tatt til etterretning av styret:

1. Outsourcing av løypekjøring

Det er for tiden kun én aktiv ansatt i Hovden Løypekjøring samt én i permisjon og begge de to store løypemaskinene må erstattes før sesongen. Det har allerede vært drøftet å innhente tilbud fra eksterne aktører for en åremålskontrakt for løypekjøringen og Torvald Gautland har startet arbeidet med et anbudsgrunnlag for en beslutning i styret i løpet av sommeren. Det er begrenset tilgang på nye løypemaskiner og kun to leverandører i Norge. Gautland søker å få reservert to stk til en ca pris på NOK 3-3.5 mill hver. Ved en ev outsourcing av oppdraget vil kontraktøren måtte overta eksisterende utstyr og de nye maskinene. Bykle kommune må dekke opp kostnaden for kjøringen minus det frivillige løypebidraget. Dermed må kommunen også beslutte omfanget av løypenettet.

Av referatet fremkommer det dermed at det skal foreligge en beslutning i styret i løpet av sommeren, men at Gautland hadde startet arbeidet med et anbudsgrunnlag. Det følger av anskaffelsesdokumentene at kontrakten gjelder virksomhetsoverdragelse.

13. august ble det holdt kommunestyremøte i Bykle kommune. Det ble her fattet følgende vedtak:

*Kommunestyret sluttar seg til plan for oppgradering av maskinpark / løypemaskiner på den for kommunen og selskapet gunstigaste måte - med sideblikk på konkurranseregulering og reglar for offentlege anskaffingar.
Dersom anskaffingane blir i eigenregi/ leasing er kommunestyret budd på at ramma til driftsstøtte blir tilsvarande auka med årlege kostnader fordelt over 5+ 2 år.*

²¹ Referat fra generalforsamling i Hovden Løypekjøring AS

²² I styremøte for BHV AS og datterselskap 19. august 2020 kommer det fram i vedtak vedrørende ledelse av morselskap og datterselskap at "Styret opprettholder konstitueringen av TG som nå og tar sikte på å ta en endelig avgjørelse i styremøtet i oktober."

²² Oktober 2020 fattes følgende vedtak i styremøte for BHV og datterselskapene; "Styret hadde fått tilsendt avtaleutkastet og besluttet at den inngås og ønsker TG velkommen i posisjonen og uttrykte forventninger til et godt samarbeid."

AGDER KOMMUNEREVISJON IKS

Alt B: Bykle og Hovden vekst får fullmakt til i samråd med selskapet å fastsette/godkjenne forma på støtte på inntil 4,9 mill.

Onsdag 19. august 2020 ble det avholdt nytt styremøte i BHV AS med datterselskaper, herunder Hovden Løypekjøring AS. Det fremkommer følgende av referatet fra dette møtet;

“Basert på behovet for fornyelse av maskinpark og begrensede personellressurser i Hovden Løypekjøring AS, var det besluttet å legge oppdraget ut på Doffin for å sjekke interesse og priser. Ved fristens utløp kl. 12 torsdag 13/8 var det kommet inn to anbud, ett fra Hovden Hytteservice AS på NOK 4,3 mill. pr år og ett fra et konsortium av tre aktører som skulle dannes ved ev. tildeling og med en pris på NOK 6,3 mill.”

“Vedtak: Styret drøftet saken grundig og besluttet å tildele oppdraget til Hovden Hytteservice AS og ba TG fokusere på enkelte punkter i et avklaringsmøte samt benytte COWI som rådgiver frem til kontrakten signeres – etter at klagefristen på 2 uker er utløpt. Kontrakten signeres av signaturberettigede i Hovden Løypekjøring AS.”

Revisjonen kan ikke se at det er dokumentert en beslutning av styret om hvorvidt løypekjøringen skulle lyses ut på konkurranse. Det følger av vedtaket fattet av styret 19. august at saken om tildeling ble drøftet grundig og at styret besluttet å tildele oppdraget til Hovden Hytteservice AS.

Av styrevedtaket fattet 19. august fremkommer det at kontrakten med Hovden Hytteservice AS skulle signeres av signaturberettigede i Hovden Løypekjøring AS. Styreleder Andersson er signaturberettiget og har signert kontrakten med Hovden Hytteservice AS.

Revisjonens vurdering

Ut ifra møtereferater som foreligger ser det ut til at konkurransen om løypekjøring ble lagt ut for å teste markedet. Revisjonen understreker at konkurranser som utlyses må være i samsvar med kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4, og at de dermed skal utlyses med formål om å inngå kontrakt. Konkurranser som ikke fullt ut er reelle vil kunne være i strid med anskaffelsesloven § 4.

På tidspunktet for utlysning av konkurransen²³ var ikke Gautland blitt ansatt som daglig leder. Kompetansen til å tilsette daglig leder hører under selskapets styre. Først på styremøte for BHV AS og datterselskaper 19. august 2020 kommer det fram i vedtak vedrørende ledelse av morselskap og datterselskap at “Styret opprettholder konstitueringen av TG som nå og tar sikte på å ta en endelig avgjørelse i styremøtet i oktober.” Videre understreker revisjonen at hvert enkelt aksjeselskap regnes som en selvstendig juridisk person, og styret i morselskap har dermed ikke beslutningsmyndighet for datterselskaper. Det må foreligge selvstendige vedtak i hvert enkelt selskap.

Det fremkommer ikke av referat fra generalforsamlingen at det forelå en mulighet for at løypekjøringen skulle lyses ut. Saken om at Hovden Løypekjøring AS hadde utlyst løypekjøringen var oppe i kommunestyret 13. august 2020, samme dag som tilbudsfristen gikk ut. Det ble ikke fattet vedtak i selskapets styre om å lyse ut konkurranse om løypekjøring, men styret var klar over at Gautland var i gang med å utarbeide anbudsdokumentene og styret var

²³ 11. juli 2020

AGDER KOMMUNEREVISJON IKS

innstilt på å fatte en beslutning. Hvorvidt denne beslutning gikk ut på å lyse ut konkurransen, velge tilbyder eller om beslutningen gjaldt om selskapet i det hele tatt skulle velge noen av tilbyderne og heller velge egenregi, er uklart ut ifra styremøtoreferat fra 3. juli 2020.

Revisjonen vurderer at en beslutning om å lyse ut konkurranse om løypekjøringen, som går ut på en virksomhetsoverdragelse, anses som en sak som etter selskapets forhold er av stor betydning, jf. asl. § 6-14 annet ledd. Vi vurderer dermed at beslutningen om å lyse ut konkurransen ikke faller inn under den daglige ledelse og daglig leders myndighet.

Beslutningen om å tildele kontrakten om løypekjøring til en av tilbyderne i konkurransen, Hovden Hytteservice AS, ble tatt av selskapets styre. Kontrakten er signert av styreleder Andersson, som er signaturberettiget i Hovden Løypekjøring AS.

Økonomien til Hovden Løypekjøring AS

Formelle forhold

Hovden Løypekjøring AS er organisert som et aksjeselskap. Aksjeselskap er et selvstendig juridisk objekt, som avlegger eget årsregnskap. Hovden løypekjøring har valgt Merkantil Service AS som regnskapsfører, og BDO AS som revisor.

Revisor skal ifølge revisorloven § 9-5 kommunisere skriftlig til styret om alle forhold som er fremkommet ved revisjonen og som styret bør gjøres kjent med for å kunne ivareta sitt ansvar og oppgaver, herunder vesentlige

- Mangler i foretakets interne kontroll
- Brudd på bokføringsreglene og andre lovkrav
- Avdekkede misligheter

Faktiske forhold

I brevet kontrollutvalget mottok fra en ansatt i Hovden Løypekjøring AS ble det stilt spørsmål knyttet til endring i økonomien i selskapet.

Det fremkommer av brevet at det ble opplyst i personalmøte den 19. desember 2019 at økonomien var god.

19.12.19 blir me i løypekøyringa kalla inn til møte ang ny styreledar i selskapet. Torvald Gautland blir utnevnt som ny styreledar frå 1.1.20. Han skal ha ansvar for det merkantile mens xxxx som dagleg leiar har personalansvar. Me får beskjed om at økonomien er god.

Videre kommer det frem i brevet fra den ansatte at det i møte den 24. mars 2020 ble opplyst om at økonomien var dårlig.

24.3.20 nytt møte der me blir permiterte, eg i 100 % fram til ny sesong (okt/nov), Jan og Sverre Bjørn 50 % fram til 1.mai, deretter 100 % til ny sesong. Nå er plutseleg økonomien dårleg...

Vi har foretatt en gjennomgang av styreprotokoller i perioden september 2019 – juni 2020, samt referat fra personalmøter 30.01.2020, 13.03.2020 og 25.03.2020.

Av referater hvor økonomi er omtalt fremkommer:

Referat fra personalmøte 30.01.2020

Økonomi!

Informert om at selskapet har en presset økonomi.

Referater fra styremøter

SAK 02-05.03.2020.

Løypemaskiner

Det viser seg at det er betydelige utgifter på gamle maskiner både i deler og ikke minst i arbeidstimer.

Hovden Løypekjøring har 2 PB 400 den eine har gått ca 7000 timer, den andre har motoren skort seg på.

Har også 2 små Prinot Husky. Den eine som går i Bykle er pr dagsdato i ganske god stand, den andre som går i midt regionen og Hovden er i dårlig forfatning, er for krevende løyper for denne type maskin.

SAK 03-24.03.20

Økonomisk situasjon for selskapet

Hovden Løypekjøring har brukt mykje midlar på både innleige av ekstra maskin, stor kostnad med snø legging og generelt mye feil og skruing på maskiner. Ein må sjå på moglegheitene for reduserte kostnader.

Styreprotokoll fra desember 2019 har vi ikke fått tilgang til. Daglig leder på det tidspunktet uttalte at eneste sak i møte var havari av en tråkkemaskin. En tråkkemaskin hadde havarert, og i møtet ble det diskutert hvordan de skulle løse løypekjøringen. Det ble diskutert å lease maskin.

Når det gjaldt økonomi uttalte tidligere daglig leder at selskapet ikke hadde hatt god økonomi. De hadde to inntektskilder, løypebidrag og tilskudd fra Bykle kommune. De hadde ikke midler i selskapet til å sette av for investeringer i fremtiden.

Tidligere daglig leder kunne ikke kjenne seg igjen i beskrivelsen av at selskapet hadde hatt god økonomi i den perioden han hadde fungert som daglig leder. Havariet av tråkkemaskin i desember hadde medført en utfordring økonomisk for selskapet.

Vi innhentet informasjon om regnskapet til selskapet. Det siste tilgjengelige regnskapet er for 2019. Regnskapet for Hovden løypekjøring AS for 2019 viste et årsresultat på kr. -183.000,-.²⁴

Når det gjelder spørsmål om hva slags avtale Gautland har i forhold til lønn/godtgjørelse som styreleder, samt om han har fakturert Hovden løypekjøring som konsulent, vil dette være forhold som vil bli vurdert av selskapets revisor. Vi har derfor ikke foretatt noen nærmere vurdering av dette.

Revisjonens vurdering

Revisjonen kan ikke se ut fra mottatte dokumenter, at det har vært en vesentlig endring fra god til dårlig økonomi i den perioden som fremkommer i brevet fra den ansatte.

Det virker imidlertid til at havari av en tråkkemaskin i desember 2019 har medført en ekstra belastning for økonomien i selskapet.

²⁴ Kilde: proff.no

Oppsummering

Det ble vurdert av kommunen at det ikke var faglig grunnlag for å iverksette restriksjoner i forbindelse med løypekjøringa. Revisjonen vurderer at selskapet har forholdt seg til kommunens ønsker og anbefalinger når det gjelder løypekjøring under covid-19.

Revisjonen vurderer at det foreligger flere svakheter ved gjennomføring av konkurransen. Herunder vurderer revisjonen at muligheten for innlevering av tilbud til daglig leders e-post er i strid med FOA § 22-3, og at det ikke er foretatt en forsvarlig beregning av verdien på anskaffelsen i samsvar med FOA § 5-4. Videre vurderer revisjonen at kontraktsvilkårene ikke kommer tydelig fram i konkurransegrunnlaget, samt at oppdragsgiver har gjort gjeldende kontraktsbestemmelser ved inngåelse av kontrakt, som det ikke er opplyst om i anskaffelsesdokumentene. På grunnlag av at det følger av konkurransegrunnlaget at konkurransen kan avlyses til enhver tid opplyser revisjonen om at oppdragsgiver ikke kan forbeholde seg en mer omfattende rett til å avlyse en konkurransen enn den som følger av forskriften. Vi vurderer at vilkåret om krav om leie av verksted uten opsjon er konkurransebegrensende og dermed i strid med anskaffelsesloven § 4. Revisjonen vurderer videre at konkurransegrunnlaget er uklart når det gjelder innkalkuleringen av prisene på de 3 maksinene som skulle inngå i tilbudet, og at dette er i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling i anskaffelsesloven § 4.

Revisjonen understreker at konkurranser som utlyses må være i samsvar med kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4, og at de dermed skal utlyses med formål om å inngå kontrakt. Konkurranser som ikke fullt ut er reelle vil kunne være i strid med anskaffelsesloven § 4.

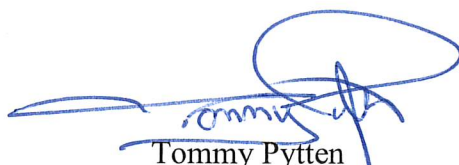
På tidspunktet for utlysning av konkurransen²⁵ var ikke Gautland blitt ansatt som daglig leder. Kompetansen til å tilsette daglig leder hører under styret. Først på styremøte for BHV AS og datterselskaper 19. august 2020 kommer det fram i vedtak vedrørende ledelse av morselskap og datterselskap at "Styret opprettholder konstitueringen av TG som nå og tar sikte på å ta en endelig avgjørelse i styremøtet i oktober." Videre understreker revisjonen at hvert enkelt aksjeselskap regnes som en selvstendig juridisk person, og styret i morselskap har dermed ikke beslutningsmyndighet for datterselskaper. Det må foreligge selvstendige vedtak i hvert enkelt selskap.

Revisjonen vurderer at en virksomhetsoverdragelse anses som en sak som etter selskapets forhold er av stor betydning, jf. § 6-14 annet ledd. Vi vurderer dermed at beslutningen om å lyse ut konkurransen ikke faller inn under den daglige ledelse og daglig leders myndighet.

Revisjonen kan ikke se ut fra mottatte dokumenter, at det har vært en vesentlig endring fra god til dårlig økonomi i den perioden som fremkommer i brevet fra den ansatte. Det virker imidlertid til at havari av en tråkkemaskin i desember 2019 har medført en ekstra belastning for økonomien i selskapet.



Tor Ole Holbek
Revisjonsdirektør



Tommy Pytten
Statsautorisert revisor



Henriette Svendsen
Forvaltningsrevisor

²⁵ 11. juli 2020

