BJERKAN STAV
ADVOKATFIRMA

Advokat Gorm Lyng
Pretor Advokat AS
Postboks 1734

7416 TRONDHEIM

Trondheim, 11.12.2019
Vår ref.: 379869/ 28355
E-post: mw@bjerkan-stav.no
Deres ref.:

HOVEDBANKAVTALE FOR NYE ØRLAND KOMMUNE. SVAR PÅ KLAGE.

Det vises til klage fra Ørland Sparebank, mottatt av Bjugn og Ørland kommuner ("Nye Ørland kommune" eller "kommunen") den 6. desember.

Innledningsvis vil Nye Ørland kommune beklage at kommunen fattet en feilaktig tildelingsbeslutning i formannskapsmøtet den 29. oktober 2019. Kommunen ser at dette har gitt grunnlag for falske forhåpninger hos Ørland Sparebank.

Det sagt, så er kommunen av den oppfatning at tildelingsbeslutningen som formannskapet fattet 26. november 2019 – og som bygger på de begrunnelser som er gitt av kommunens administrasjon og Finansinnkjøp AS' innstilling datert 23. oktober 2019 – er korrekt.

I det følgende adresseres de punkter som Ørland Sparebank har påklaget.

1. Vedståelsesfrist

Leverandørenes opprinnelige vedståelsesfrist ble i konkurransegrunnlaget satt til 1. oktober 2019. I brev av 27. november 2019 ba kommunen de to leverandørene om forlenget vedståelsesfrist, til 31.12.2019. Sparebank 1 SMN (heretter også "SMN") har varslet at de godtar forlenget vedståelsesfrist. I klagen skriver Ørland Sparebank at *"dersom kommunen skulle komme til at det er grunnlag for å fortsette nærværende konkurranse, vil Ørland Sparebank forlenge vedståelsesfristen inntil tildeling og kontrakt er inngått og anser at [Ørland Sparebank] korrekt skal tildeles kontrakt som hovedbankforbindelse"*.

Kommunen oppfatter Ørland Sparebank slik, jf. det siterte, at også de har forlenget vedståelsesfristen.

Dette innebærer at kommunen, rent avtalerettslig, står overfor to tilbud som fortsatt har gyldighet og er forpliktende for leverandørene.

Slik De er inne på i Deres klage, så gjelder det ikke egne regler for vedståelsesfristen i konkurranser som avholdes etter FOA del I. Reglene i FOA § 8-15 (del II) og § 20-6 (del III) gjelder uttrykkelig ikke, jf. FOA kap. 5.

Det er således full anledning for kommunen å be om en forlengelse av vedståelsesfristen.

De har i Deres brev anført at i mangel av en *"positivrettslig regulering"* av vedståelsesfristen, så må *"vedståelsesfristen og dens utløp (..) vurderes på bakgrunn av generell avtalerett"*.

Hvis De med dette mener at kommunen må ha forpliktende tilbud for å kunne tildele kontrakt og inngå avtale, så er kommunen enige i dette. Som nevnt er det nettopp denne situasjonen kommunen står i.

Når De skriver (klagens s. 3) at "*dette medfører at tilbud slutter å være bindende dersom kontrakt ikke inngås innen den frist som er satt, eller forlenges innen samme frist*", så er dette åpenbart ikke riktig rettsanvendelse. Dette skulle i så fall innebære at anskaffelser etter FOA del I har strengere regler for vedståelsesfristen enn konkurranser etter FOA del II eller del III. Dette er klart nok ikke riktig og ville brutt med hele systemet innenfor anskaffelsesregelverket.

Selv om FOA § 8-15 ikke gjelder i denne konkurransen, så bemerkes følgende, foranlediget av Ørland Sparebanks anførsler om direkteanskaffelse:

KOFA har i flere avgjørelser godtatt at kontraktsinngåelse etter utløpet av vedståelsesfristen ikke uten videre skal anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Se KOFA-2016-97 (særlig premiss 48, KOFA godtok forlengelse på fem uker fra utløpet av vedståelsesfristen), KOFA-2017-341 (kontraktsinngåelse ca. én måned etter utløpet) og KOFA-2018-142 (Ca. halvannen måned etter den første fristforlengelsen). Samtlige avgjørelser viser til at det ikke har blitt påvist en *"vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud"*, jf. FOA § 8-15 (3) eller § 20-6 (3). I en anskaffelseskonkurranse om bankavtale for en liten kommune skal det svært mye til for å påvise en slik *vesentlig endring*, sammenlign eksempelvis med konkurransen om en totalentreprise i den nevnte KOFA-2018-142.

2. Mangler ved begrunnelsen for tildelingen

Tildelingen som ble gjort den 26. november 2019 bygger som nevnt på innstillingen fra kommunens administrasjon og Finansinnkjøp AS, datert 23. oktober 2019. I så måte er tildelingen grundig redegjort for, grundigere enn det som er vanlig i konkurranser som er avholdt etter FOA del I. Som kjent gjelder ikke FOA § 10-1 for del I-anskaffelser, men kommunen er enige i at et minimum av begrunnelse er påkrevd etter LOA § 4 og anskaffelsesrettslige prinsipper.

Det Ørland Sparebank har klaget på er begrunnelsen for at Sparebank 1 SMN's klage ble tatt til følge.

I FOA § 10-1 (3) og § 25-1 (4) heter det at oppdragsgiver, dersom han finner at beslutningen om valg av leverandør er i strid med forskriften, kan omgjøre (tildelings-)beslutningen frem til kontrakt er inngått. Disse reglene gjelder altså ikke direkte for anskaffelser etter del I, men

det er åpenbart at oppdragsgiver i slike konkurranser har rett og plikt til å gjøre samme vurdering.

Som det fremgår av tildelingsbeslutningen, har kommunen vurdert klagen fra SMN og gitt denne medhold. Fordi formannskapet ikke er et egnet forum for å drive administrative oppgaver, har formannskapet delegert videre oppfølgning til kommuneadministrasjonen, jf. formannskapsvedtaket i sak PS 19/9, punkt 2.

Kort oppsummert er bakgrunnen for at SMN sin klage ble tatt til følge slik:

A) Formannskapets *begrunnelse* i vedtak den 29. oktober 2019 for å sette til side administrasjonens grundige innstilling var ikke tilfredsstillende.

B) To av syv medlemmer i Formannskapet var inhabile da Formannskapets fattet første vedtak om tildeling, jf. FOA § 7-5 jf. fvl. § 6 (2). Utover de aktuelle formannskapsmedlemmenes posisjon i bankens generalforsamling, så man i vurderingen av habilitet også se hen til at de to nevnte medlemmer var deltakende i Nye Ørland kommunes Fellesnemnd, hvor de – samtidig som de satt i Ørland Sparebanks generalforsamling – foreslo endringer i konkurransegrunnlaget som klart favoriserte lokale banker.

   Det vises til:

   Bilag 1: Møteinnkalling til formannskapsmøte, utsendt 23.10.2019 (arkivnr. 20109/31-1). Se sak 19/1.
   Bilag 2: Møteprotokoll for Fellesnemnda, datert 20.06.2019, se sak PS 19/33.

C) Under enhver omstendighet: Ved å favorisere lokale banker i konkurransen og i formannskapets første beslutning om tildeling, så var beslutningen i strid med LOA § 4 om likebehandling, ikke-diskriminering og usaklig forskjellsbehandling.

3. Vurderingen av de skjønnsmessige vilkårene i konkurransegrunnlagets pkt. B1 – B4

Kommunen oppfatter Ørland Sparebank dit hen at banken ikke klager over kommunens vurderinger knyttet til konkurransens tildelingsvilkår "pris" (omtalt som "A" eller "A 1" i konkurransegrunnlaget). Kommunen kan heller ikke se at det skal være noe galt med disse beregningene, som i all hovedsak bygger på ren matematikk.

Når det gjelder Ørland Sparebanks klage over tildelingskriteriene knyttet til vurderingspunkt B ("service, teknisk bistand og rådgivning") bemerker kommunen at konkurransen bygger på et detaljert konkurransegrunnlag som gir leverandørene gode forutsetninger for å forstå hva oppdragsgiver ønsker besvart og belyst. Som nevnt er også administrasjonens innstilling av 23. oktober 2019 detaljert og gir leverandørene godt grunnlag for å ettergå kommunens vurderinger.

Nye Ørland kommune kan ikke se at Ørland Sparebanks klage rokker ved de vurderinger som er gjort av kommunens administrasjon og Finansinnkjøp AS.

Det bemerkes i denne sammenheng at kommunen har en vid innkjøpsfaglig skjønnsmargin i evalueringen, jf. eksempelvis KOFA-2004-295 og KOFA-2007-25, og overprøvingsadgangen er begrenset på samme måte som ved forvaltningsskjønn.

Nye Ørland kommune har innhentet ekstern rådgivning fra Finansinnkjøp AS nettopp for å kvalitetssikre konkurransegjennomføringen, herunder de skjønnsmessige tildelingsvilkårene. Finansinnkjøp AS har lang erfaring med anbudskonkurranser hvor det offentlige skal kjøpe bank- og finanstjenester, se eksempelvis deres referanseliste (http://www.finansinnkjop.com/referanser.html).

4. Videre saksfremdrift

På bakgrunn av de vurderinger som fremkommer i dette brevet, så tas Ørland Sparebanks klage ikke til følge. Nye Ørland kommune har derfor til hensikt å inngå kontrakt med Sparebank 1 SMN innen helt kort tid.

Som nevnt innledningsvis ser Nye Ørland kommune at gjennomføringen av konkurransen har gitt Ørland Sparebank falske forhåpninger. Dette beklager kommunen.

Som en konsekvens av dette ønsker Nye Ørland kommune å komme banken i møte. Som et forslag til minnelig løsning tilbyr Nye Ørland kommune derfor Ørland Sparebank å betale kr. 100.000 for å dekke Ørland Sparebanks omkostninger og ekstraarbeid knyttet til konkurransen. Tilbudet forutsetter at saken avsluttes med dette og at det ikke fremmes ytterligere krav mot Nye Ørland kommune. Tilbudet står frem til 18. desember 2019 kl. 14.00.

Med hilsen
Bjerkan Stav Advokatfirma AS

Markus Waterloo
Advokat

Odd Gunnar Hammernes
Advokat