BJERKAN STAV
ADVOKATFIRMA

Trondheim, 30.06.2020
Vår ref.: 385276/ 31889
E-post: mw@bjerkan-stav.no

TILSVAR
TIL
KLAGENEMNDA FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

***

Sak nr.:	KOFA-2020-413	
Klager:	Ørland Sparebank Postboks 40 7130 BREKSTAD	org.nr. 937 901 925
Prosessfullmektig:	Advokat Gorm Lyng Pretor Advokat AS Postboks 1734 Sentrum 7416 TRONDHEIM	
Saksøkt:	Ørland kommune Postboks 43 7159 BJUGN	org.nr. 921 806 027
Prosessfullmektig:	Advokat Markus Waterloo Bjerkan Stav Advokatfirma AS Postboks 8809 Nedre Elvehavn 7481 TRONDHEIM	

***

1. Innledende om det prosessuelle

Ørland kommune, det vil si den sammenslåtte, nye Ørland kommune, er enige med klager om å være den rette innklagede.

Innklagede er enige i at klagen er fremsatt rettidig, jf. forskrift om KOFA § 6 (2), annet pkt. Dette tilsvaret er inngitt innenfor fristen satt av Klagenemndssekretariatet, jf. e-post fra Line Rakner av 08.06.2020.

2. Sakens faktiske forhold

I forbindelse med sammenslåingen av «gamle» Bjugn og Ørland kommuner ble det opprettet en Fellesnemnd Bjugn og Ørland (heretter også «Fellesnemnda»). Fellesnemnda bestod av politikere fra begge kommuner. Nemnda skulle koordinere og følge opp de svært mange oppgaver og spørsmål som kommunesammenslåingen medførte. Nemnda ble bistått av begge de to kommuneadministrasjonene.

Administrasjonen(e) i de «gamle» kommunene hadde i løpet av første halvår 2019 arbeidet med en anbudskonkurranse for ny hovedbankavtale for «nye» Ørland kommune. Administrasjonen var bistått av Finansinnkjøp AS, et rådgivningsselskap med lang erfaring innenfor konkurranseutsetting av hovedbankavtaler. Det ble utarbeidet utkast til konkurransedokumenter, og disse ble fremlagt i møte i Fellesnemnda den 20.06.2019

Bilag 1: Utkast til konkurransegrunnlag/-dokumenter, fremlagt i Fellesnemnda.
Bilag 2: Møteprotokoll fra Fellesnemnda, 20.06.2019 (se sak PS19/33).

Som det fremgår av møteprotokollen var Fellesnemnda ikke helt fornøyd med konkurransegrunnlaget slik det forelå. Det ble kommet med flere forslag til endringer, som – slik det fremgår uttrykkelig av vedtaket i saken – hadde som formål å øke muligheten for at de lokale sparebankene skulle kunne levere tilbud i konkurransen. Det ble sågar foreslått at «lokal tilstedeværelse» skulle vektlegges ved valg av ny hovedbankforbindelse. De lokale sparebankene er i dette tilfelle Ørland Sparebank (klager) og Bjugn Sparebank.

To av de tre medlemmene som fremmet forslag om endringer til fordel for de lokale bankene var samtidig innvalgt som medlemmer av generalforsamlingen til Ørland Sparebank. Dette gjaldt medlemmene Finn Olav Odde og Knut Ring. På dette tidspunktet var det vedtektsfestet i Ørland Sparebank at Ørland kommune skulle velge inn to medlemmer til bankens generalforsamling. Denne praksisen har visstnok blitt endret i etterkant av denne saken. «Nye» Ørland kommune er ikke kjent med om dette er på bakgrunn av denne saken, om det skyldes at det var mindre naturlig at «nye» Ørland kommune hadde medlemmer i Generalforsamlingen etter kommunesammenslåingen, eller om det skyldes andre forhold.

For øvrig bemerkes det at medlemmet Jan Vollan i samme møte opplyste å være styreleder i Bjugn Sparebank. Fellesnemnda fastslo at Jan Vollan ikke var inhabil til å behandle saken hvor Fellesnemnda foreslo endringer som gjorde det lettere for lokale banker å delta i konkurransen.

Etter møtet i Fellesnemnda fortsatte arbeidet med anbudskonkurransen, og kommuneadministrasjon og Finansinnkjøp foretok enkelte endringer (jf. bilag 1 her og KOFA-klagens bilag 3) i konkurransegrunnlag og -dokumenter. Konkurransedokumentene ble imidlertid endret i mindre grad enn det som ble vedtatt av Fellesnemnda. Begrunnelsen følger av saksfremlegget til møte i Formannskapet i Ørland kommune den 29.10.2019:

> *«Fellesnemda vedtok følgende:*
>
> *Vedlagt tilbudsforespørsel tas til orientering, med følgende tillegg:*

- *Arbeidsutvalget ber administrasjonen om å gå gjennom og justerer konkurransegrunnlaget slik at lokale banker i Ørland og Bjugn får mulighet til å delta i anbudskonkurransen, som f.eks. punktet om forvaltningskapital, før saken fremmes til behandling i Fellesnemnda*
- *Krav til forvaltningskapital reduseres fra 5 til 3 mrd kroner*
- *To eller flere banker kan levere tilbud sammen*
- *Lokal tilstedeværelse vektlegges i valg av ny hovedbankforbindelse*
- *Bankforbindelsen bør være sertifisert som miljøfyrtårn*

Tilbudsforespørselen ble justert ut i fra vedtaket. Kravet om lokal tilstedeværelse måtte tones noe ned da det ville være et diskriminerende krav og ikke tillat i hht lovverket. Anskaffelseslovens § 4 sier følgende: «Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet.» Likebehandling blir i veilederen til loven definert som et forbud mot diskriminering. Forbudet mot diskriminering innebærer at en oppdragsgiver ikke kan fastsette krav eller kriterier, eller foreta handlinger eller unnlatelser, som gjør at leverandører diskrimineres.»

Bilag 3: Saksfremlegg til Formannskapet, 29.10.2019

Den 04.07.2019 ble anbudskonkurransen utlyst. Konkurransen ble gjennomført med forhandlinger og etter FOA del I, se KOFA-klagens bilag 3. Konkurransen ble frivillig kunngjort på Doffin.

Bilag 4: Kunngjøring på Doffin.

Tildelingskriteriene i konkurransen var satt opp slik:

Tildelingskriterier:	**Vekting**
A – Pris (punkt B.1.1)	60 %
B – Service, teknisk bistand og rådgivning (punkt B.1.2)	40 %

Frist for tilbudslevering var 26.08.2019, og det kom inn to tilbud fra hhv Ørland Sparebank og Sparebank 1 SMN (heretter også «SMN»). Bjugn Sparebank opplyste i løpet av konkurransen at de ikke ønsket å inngi tilbud.

Den 03.09.2019 ble det gjennomført et presentasjons- og forhandlingsmøte med de to bankene hvor tilbudene ble gjennomgått. Tilbyderne fikk der anledning til å utdype tilbudene og besvare kommunens spørsmål, samt presentere sitt kundeteam. Det ble også forhandlet om vilkår i disse møtene, og bankene fikk mulighet til å inngi korrigerte tilbud innen 09.09.19.

Endelige tilbud ble evaluert av administrasjonen i samarbeid med Finansinnkjøp AS. Begge leverandører ble funnet å være kvalifisert. I innstilling til Formannskapet av 23.10.19 ble det innstilt på Sparebank 1 SMN som vinner av konkurransen. Den fulle begrunnelsen fremkom av møteinnkallingen, se **bilag 3**. Her fremkommer det at Sparebank 1 SMN var best på kriteriet «A – Pris» og også vant kriteriet «B – Service, teknisk bistand og rådgivning». Sistnevnte punkt var delt inn i fem underpunkter, hvor begge bankene fikk full score på punkt B 3 og B 5, mens SMN var bedre på punkt B 1, B 2 og B 4.

Formannskapet behandlet saken 29.10.19 og innstilte i lukket møte den 29.10.19 på Ørland Sparebank som vinner. Dette etter at Formannskapet hadde endret de skjønnsmessige vurderingene på fire av fem enkeltpunkter under kriteriet "Service, teknisk bistand og rådgivning". Ørland Sparebank ble oppjustert på alle de punktene hvor de opprinnelig ikke hadde fått full score, mens Sparebank 1 SMN på ett punkt fikk nedjustert sin poengscore. Dermed vant Ørland Sparebank konkurransen marginalt på poeng.

Bilag 5: Møteprotokoll fra Formannskapet, 29.10.2019.

Som det fremgår av møteprotokollen, så deltok både Knut Ring og Finn Olav Odde som, som nevnt, satt som medlemmer i Ørland Sparebanks generalforsamling. Deres habilitet var til behandling, men Formannskapet innstilte på at verken Ring eller Odde var inhabile til å delta i behandlingen av saken.

Informasjon om tildeling ble tilsendt begge leverandørene den 06.11.2019, da i henhold til det som var besluttet i Formannskapet.

Bilag 6: Tildelingsbrev, forfattet av Finansinnkjøp AS, 06.11.2019.

Etter at tildelingen ble kunngjort for konkurransedeltakerne, mottok Ørland kommune den 15.11.2019 klage fra Sparebank1 SMN v/Advokatfirmaet BAHR.

Bilag 7: Klage fra Sparebank 1 SMN v/Advokatfirmaet BAHR AS, 15.11.2019.

I klagen anførte Sparebank 1 SMN at kommunens tildelingsbeslutning var ulovlig. Det ble vist til at Formannskapets begrunnelse ikke var egnet for at SMN kunne forstå hvorfor Formannskapet avvek fra administrasjonens innstilling. Det ble vist til at det forelå skjerpede krav til begrunnelse fordi Fellesnemnda hadde endret konkurransegrunnlaget til fordel for mindre banker, fordi to medlemmer satt i både kommunens formannskap, Fellesnemnda og i generalforsamlingen til Ørland Sparebank og fordi administrasjonen og Finansinnkjøp hadde utarbeidet en fyldig begrunnelse for hvorfor SMN burde og skulle vinne konkurransen. Videre ble det anført at vedtaket led av saksbehandlingsfeil, nærmere bestemt ved at to i Formannskapet var inhabile da tildelingsbeslutningen ble fattet.

I forbindelse med klagen fra Sparebank1 SMN innhentet Ørland kommune en juridisk vurdering av klagen og anbudskonkurransen. Denne ble tilsendt kommunen fra Bjerkan Stav Advokatfirma den 25.11.2019. Det er denne vurderingen Ørland Sparebank krever å få seg forelagt, jf. KOFA-klagens punkt 7.1. Vi kommer tilbake til dette i dette tilsvarets punkt 3.6, se nedenfor.

Den 26.11.2019 ble klagen behandlet av Formannskapet, se KOFA-klagens bilag 6 og 7 som inneholder møteinnkalling og protokoll.

De to anført inhabile representantene – Knut Ring og Finn Olav Odde – meldte seg begge som inhabile i forbindelse med klagebehandlingen. Formannskapet vedtok å ta klagen fra SMN til følge og å omgjøre sin tildelingsbeslutning. Selv om det ikke fremgår helt uttrykkelig, så innebar dette å sette til side Formannskapets tildelingsbeslutning og å ta til følge den innstillingen som administrasjonen og Finansinnkjøp hadde utarbeidet. Dette fremkom også helt tydelig av det nye tildelingsbrevet og dets vedlegg.

Nytt tildelingsbrev ble tilsendt konkurransedeltakerne den 27.11.2019, se KOFA-klagens bilag 8. Karensperioden ble satt til 10 dager, beregnet ut fra datoen på tildelingsbrevet. Samtidig ble leverandørene bedt om å forlenge sine respektive vedståelsesfrister. SMN bekreftet forlengelse. Ørland Sparebank uttalte i sin klage av 06.12.2019 følgende om vedståelsesfristen:

> *«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 de korrekt skal tildeles kontrakt som hovedbankforbindelse.»*

På denne bakgrunn konkluderte kommunen med at begge leverandørene hadde forlenget vedståelsen for eget tilbud.

Det bemerkes her at det tilsynelatende var kommunen som gjorde leverandørene oppmerksom på at opprinnelig vedståelsesfrist var utløpt. Hverken SMN eller Ørland Sparebank hadde bemerket noe om vedståelsesfristen forut for kommunens brev av 27.11.2019.

Som nevnt inngav Ørland Sparebank v/advokat Gorm Lyng klage på kommunens tildeling den 06.12.2019, jf. KOFA-klagens bilag 9. Her ble det anført at fordi vedståelsesfristen var utløpt så hadde ikke kommunen noen avtalerettslig bindende tilbud å akseptere. Videre ble det anført at den nye tildelingen ikke var begrunnet. Til slutt ble det anført at den opprinnelige innstillingen fra administrasjonen og Finansinnkjøp var beheftet med feilvurderinger.

Klagen ble behandlet og skriftlig tilbakemelding ble tilsendt fra Ørland kommune v/Bjerkan Stav Advokatfirma til Ørland Sparebank v/adv. Lyng den 11.12.2019. Se KOFA-klagens bilag 10. Klagen ble ikke tatt til følge. Kommunens nærmere vurderinger vil det redegjøres for i dette tilsvaret, punkt 3 flg. nedenfor.

Senere samme dag inngikk Ørland kommune hovedbankavtale med Sparebank 1 SMN.

Bilag 8: Kontrakt mellom Ørland kommune og Sparebank 1 SMN, 11.12.2019 (uten vedlegg).

I kommunens brev av 11.12.2019 beklaget for øvrig Ørland kommune at deres saksbehandling i saken kunne sies å ha gitt Ørland Sparebank «falske forhåpninger». På denne bakgrunn og hensyntatt prosessøkonomiske forhold, fant kommunen det derfor hensiktsmessig å tilby Ørland Sparebank en erstatning for å få avsluttet saken i minnelighet. Kommunens tilbud ble avslått.

Herfra bemerkes det at kommunens brev via Bjerkan Stav Advokatfirma, KOFA-klagens bilag 10, er fremlagt av klager i usladdet stand. Brevet inneholder et forlikstilbud og skal ikke fremlegges, jf. reglene for god advokatskikk (RGA) punkt 4.5 første ledd. Det bes om at dette ikke gjentar seg.

3. Sakens rettslige sider

3.1 Overordnet om KOFA-klagen

I KOFA-klagen, blant annet på klagens s. 6, argumenteres det som om kommunen fortsatt kan avlyse konkurransen og gjennomføre den på nytt. Herfra bemerkes det at anbudskonkurransen nå er avsluttet. Idet karensperioden er avsluttet og kontrakt er signert med vinnende leverandør,

så kan ikke kommunen ensidig avslutte det som nå er en bindende avtale med Sparebank 1 SMN. Dette følger for så vidt allerede av den alminnelige avtalerett og ligger til grunn forutsetningsvis i FOA § 10-1 (4), som må gi uttrykk gjeldende rett også for del I-konkurranser.

3.2 Rett og/eller plikt til å omgjøre den første tildelingsbeslutningen?

Klager anfører at kommunen ikke hadde grunnlag for å omgjøre sin tildelingsbeslutning.

Det følger av FOA § 10-1 (3) at

> *«Dersom oppdragsgiveren finner at beslutningen om valget av leverandør er i strid med forskriften, kan beslutningen omgjøres frem til kontrakten er inngått.»* (Min understreking).

Likelydende bestemmelse finnes i FOA § 25-1 (4). Bestemmelsen gjelder ikke for konkurranser avholdt etter forskriftens del I, men Ørland kommune har lagt til grunn at bestemmelsen også gir veiledning for kommunens retter og plikter i denne saken. Idet kommunen generelt står friere i en del I-konkurranse enn i en del II eller del III-konkurranse, kan kommunen uansett ikke stå mindre fritt til å omgjøre tildelingsbeslutningen.

I utgangspunktet indikerer ordlyden at kommunen står fritt til å omgjøre en beslutning som er i strid med forskriften. Selv om det ikke er avgjørende for denne saken, mener kommunen at bestemmelsen nok også gir kommunen en plikt til omgjøring, der hvor alvorlige nok feil er funnet, eksempelvis på brudd på de grunnleggende krav i LOA § 4, inhabilitet jf. FOA § 7-5 mv.

Ørland kommune er av den oppfatning at det ble begått flere feil ved den tildelingen som Formannskapet besluttet den 29.10.2019.

For det første var Formannskapet satt med det som var inhabile medlemmer da beslutningen ble fattet. For det andre ble det tatt utenforliggende hensyn og gitt manglende likebehandling i forbindelse med den første tildelingsbeslutningen, særlig om denne sees i sammenheng med gjennomføring av konkurransen for øvrig. For det tredje var tildelingsbeslutningens begrunnelse trolig ikke akseptabel, gitt den grundige vurderingen som allerede forelå fra kommuneadministrasjonen og Finansinnkjøp.

De tre grunnene må ses i sammenheng. Det er Ørland kommunes syn at disse – trolig hver for seg, men i alle fall samlet sett – gav uttrykk for at det ikke var reell likebehandling av Sparebank 1 SMN og Ørland Sparebank.

3.2.1 Om inhabilitet

Første spørsmål er om Fellesnemndas og Formannskapets medlemmer Knut Ring og Finn Olav Odde var inhabile i Formannskapets sak om tildeling.

Det følger av FOA § 7-5 at forvaltningsloven §§ 6 til 10 og kommuneloven § 40 nr 3 om habilitet kommer til anvendelse ved enhver anskaffelse som følger forskriften. Forvaltningsloven § 6 bestemmer at en offentlig tjenestemann er ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak når *«... andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet*». Ved vurderingen skal det *«... blant annet (…)*

legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære en særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til. Det skal også legges vekt på om ugildhetsinnsigelse er reist av en part».

I vår sak har de aktuelle medlemmene i Formannskapet en tilknytning til et selskap, Ørland Sparebank, som er utenfor den *automatiske* inhabiliteten i forvaltningsloven § 6 første ledd, bokstav e). De aktuelle medlemmene i Formannskapet sitter i generalforsamlingen, ikke i styret eller bedriftsforsamlingen. I tillegg er de der i kraft av å være oppnevnt av kommunen. Her må man ta høyde for at lovgiver har gjort en bevisst avgrensning i § 6, første ledd – og det skal da noe mer til før man blir inhabil etter annet ledd.

Om man da går over til å vurdere hovedregelen i § 6 annet ledd, og om man skal si noe overordnet om domstolenes praksis knyttet til habilitetsspørsmål, så er det nok slik at domstolene (med Høyesterett i siste instans) har tolket habilitetsreglene noe strengere de senere år enn hva som var utgangspunktet da forvaltningsloven trådte i kraft (01.01.1970). Utviklingen har skjedd i samspill med likeartede regler, så som domstolloven § 108. Det har blitt lagt særlig vekt på *hvordan forholdet fremstår utad og om relasjonen er egnet til å svekke publikums tillit til avgjørelsene*, uten at det er nødvendig å kunne påvise at relasjonen rent faktisk har påvirket avgjørelsen eller -prosessen. Det er med andre ord ikke nødvendig å påvise en årsakssammenheng for å konkludere med inhabilitet, slik det for så vidt også følger av bestemmelsens ordlyd.

Departementet uttaler i sin veileder om regelens anvendelse i en anskaffelsessituasjon (Veileder til offentlige anskaffelser, s. 75):

> *"Kravet til habilitet er skjerpet i en konkurransesituasjon, og allmennheten må kunne ha tillit til at ingen av leverandørene er favorisert, samt at konkurransen er åpen og reell.*
>
> *(…) Oppdragsgiveren skal treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet, jf. § 7-5 annet ledd. Han har dermed en aktiv plikt til å søke å forhindre at noen av hans ansatte har bindinger til leverandørene som kan føre til at det reises tvil om beslutninger i anskaffelsen. Hvis oppdragsgiveren identifiserer at det foreligger inhabilitet, skal oppdragsgiveren søke å avhjelpe situasjonen, for eksempel ved ikke å la den ansatte delta i anskaffelsesprosessen."*

Høyesterett har i flere saker understreket at det skal skje en skjerpet habilitetsvurdering dersom det foreligger en konkurransesituasjon, se Rt-1998-1398 og Rt-2007-983 (premiss 82). Bakgrunnen for dette finnes bl.a. i formålsbestemmelsen (§ 1) og de grunnleggende prinsipper (se § 4) i anskaffelsesloven, hvor det understrekes at konkurransen skal gjennomføres på like vilkår, og på en slik måte at allmennheten har tillit til at prosessen er rettferdig og basert på objektive kriterier. Se eksempelvis KOFA-2018-76, som viser hvor viktig hensynet til allmennhetens tillit er.

I relasjon til anskaffelseskonkurranser viser praksis at det også skal vektlegges hvor stor grad av påvirkning den eller de aktuelle representanten(e) hadde i konkurransen, og hvor stor grad av skjønn som tilligger oppdragsgiver i den aktuelle konkurransen, se eksempelvis KOFA-2010-101. Dess større påvirkning vedkommende har og dess mer skjønnsmessige vurderinger som konkurransen innebærer, dess mindre skal til for å konstatere inhabilitet.

I vår sak har Odde og Ring i kraft av å være medlemmer av Fellesnemnda selv foreslått endringer i utkastet til konkurransegrunnlaget, hvor det uttrykkelige formålet var at lokalbankene dels skulle kunne delta og dels skulle ha et lokalfortrinn. Ønskene om endringer i konkurransegrunnlaget gikk så langt at Finansinnkjøp og kommuneadministrasjonen måtte «justere» innspillene, jf. bilag 3. Deretter har de to samme medlemmene deltatt i Formannskapets vurdering av administrasjonens og Finansinnkjøps innstilling. I dette møtet har det samlede Formannskapet satt til side den grundige innstillingen, og erstattet dette med en egen og helt ny tildelingsbeslutning. Begrunnelsene i ny tildelingsbeslutning var kortfattede. Gitt at Formannskapet møte varte i tidsrommet 09.00 – 15.00 og hadde flere andre saker til behandling (jf. bilag 5), må saksbehandlingen i det lukkede møtet ha gått forholdsvis raskt.

Det anses klart at avgjørelsen i saken ville innebære en *«særlig fordel, tap eller ulempe»* for Ørland Sparebank, jf. ordlyden i fvl. § 6 (2). Videre vises det til at SMN umiddelbart reagerte på medlemmenes habilitet, jf. bilag 7 og fvl § 6 (2), siste pkt.

Ørland kommune tar høyde for medlemmene satt i generalforsamlingen etter å ha blitt utpekt av kommunen selv, og at de i så måte kan sies å ha mindre *egeninteresse* i konkurransens utfall. Likevel er kommunen av den oppfatning at det *forelå andre særegne forhold* for Ring og Odde som var *egnet til å svekke tilliten* til deres upartiskhet. Det er da tungt vektlagt hvordan totalbildet fremstår for andre leverandører, hensyntatt saksbehandlingen både i Fellesnemnda og Formannskapet.

3.2.2 Har inhabiliteten virket bestemmende på innholdet?

Et forvaltningsvedtak som fattet av inhabile representanter, er likevel gyldig etter forvaltningslovens § 41 dersom det er grunn til å regne med at inhabiliteten ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold:

> *«Er reglene om behandlingsmåten i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven ikke overholdt ved behandlingen av en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når det er* ***grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende*** *på vedtakets innhold.»*

Høyesterett uttaler i et obiter dictum i Torghatten-dommen (Rt-1998-1398, s. 1411) at når 3 av 13 medlemmer i den saken var inhabile «*kan det imidlertid heller ikke være særlig tvilsomt at vedtaket må kjennes ugyldig også på dette grunnlag, jf forvaltningsloven § 41»*.

Ørland kommune mener at medlemmene Odde og Ring var inhabile da de var med på å fatte avgjørelsen i Formannskapet. De har deltatt både gjennom innspill til konkurransen underveis, herunder ved å fatte vedtak om endring av konkurransegrunnlaget og i selve tildelingen av kontrakt. Det innebærer at 2 av 7 medlemmer i Formannskapet var inhabile. Sammenlignet med Torghatten-dommen, så kan det vanskelig konkluderes med noe annet enn at den første tildelingsbeslutningen i vår sak var ugyldig og dermed ulovlig.

3.2.3 Mangelfull begrunnelse

Begrunnelser for valg av leverandør i konkurranser etter FOA del I kan normalt gjøres nokså kortfattede. De regler som følger av § 10-1 (1) gjelder ikke uttrykkelig. Likevel må valget begrunnes godt nok til at de grunnleggende krav i LOA § 4 om bl.a. etterprøvbarhet er tilfredsstilt.

I vår sak fremstår den første tildelingsbeslutningen svært kort og summarisk, gitt hvor grundig administrasjonens og Finansinnkjøps innstilling var. Idet Formannskapet fant å avvike fra innstillingen på punkt etter punkt, så skulle nok kommunen ha vært ekstra nøye med å forklare hvorfor man bedømte leverandørene annerledes.

Ørland kommune er tilbøyelig til å være enig med SMN sin klage i at dette – også isolert sett – var grunn til å oppheve den første tildelingsbeslutningen.

3.2.4 Utenforliggende hensyn og/eller manglende likebehandling

Endelig oppfatter Ørland kommune det slik at kommunen tok utenforliggende hensyn og/eller foretok manglende likebehandling ved den første tildelingsbeslutningen.

I NOU 2014: 4, pkt. 10.4.2 heter det om likebehandlingsprinsippet, jf. LOA § 4 og de generelle anskaffelsesrettslige prinsipper:

> *"Likebehandlingsprinsippet* [skal] *sikre at alle potensielle leverandører gis like muligheter. Prinsippet er grunnleggende for å oppnå konkurranse og effektiv ressursbruk. Like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller behandles ulikt, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet. Prinsippet er derfor ikke til hinder for at forskjellsbehandling vil kunne skje. Likebehandlingsprinsippet dekker både diskriminering på grunnlag av nasjonalitet og forskjellsbehandling på annet grunnlag."*

Når det vises til diskriminering på *annet grunnlag*, så er det klart at diskriminering som *tilgodeser lokale bedrifter* opp mot regionale og nasjonale aktører, utgjør brudd på likebehandlingsprinsippet, med mindre diskrimineringen er *saklig begrunnet,* jf. eksempelvis KOFA-2003-109*.* Et ønske om å fremme lokalt næringsliv vil aldri være en saklig begrunnelse i anskaffelsesregelverkets forstand.

Slik også SMN til dels har påpekt i sin klage til Ørland kommune, så kan det i denne sammenheng pekes på særlig tre forhold, opp mot vurderingen av likebehandling:

- Fellesnemndas ønske om å vektlegge lokal tilstedeværelse (og andre krav som favoriserer mindre banker, så som å senke kravet til forvaltningskapital). SMN antyder at dette ble gjort for å la lokale banker som Ørland Sparebank og Bjugn Sparebank: 1) delta i konkurransen, og 2) få størst mulig fordel i konkurransen.

- Inhabilitet hos enkeltmedlemmer i Fellesnemnda og Formannskapet under behandlingen av både tilretteleggelsen av konkurransen og i tildelingsbeslutningen. Det vises også til at det var de samme enkeltmedlemmene som i Fellesnemnda tok initiativ til å inkludere betingelser i konkurransedokumentene som var fordelaktige for Ørland Sparebank.

- SMN synes å antyde at begrunnelsen fra Formannskapet i den første tildelingen virker tilpasset og konstruert. Ørland kommune kan være enige i dette, all den tid Ørland Sparebank ble tildelt *akkurat nok* poeng, og SMN trukket *akkurat nok* poeng. Dette slik at Ørland Sparebank ville komme til å vinne kvalitetskriteriet, som igjen medførte at konkurransens pris-kriterium ikke ble avgjørende.

Det rettslige spørsmålet blir altså om det har *vært reell likebehandling* av Ørland Sparebank og Sparebank1 SMN. Her må man også ta høyde for hvordan vurderingen av forholdet *ser ut utad*.

Om man ser hver enkelt handling isolert, altså konkurranseutformingen, habiliteten og tildelingsbeslutningen, så kan man *kanskje* argumentere for at disse hver for seg var lovlig (selv om dette ikke er Ørland kommunes konklusjon, jf. ovenfor). Men etter en *samlet totalvurdering* er det Ørland kommunes syn at disse forholdene *til sammen* utvilsomt tilsier at den første tildelingsbeslutningen var ulovlig.

3.2.5 Sammenfatning

Ørland kommunes tildelingsbeslutning av 29.10.2019 var ulovlig og kommunen hadde både en rett og trolig en plikt til å omgjøre beslutningen.

3.3 Manglende begrunnelse for den nye tildelingsbeslutningen

Klager har anført at den nye tildelingsbeslutningen ikke var begrunnet tilstrekkelig.

Som det fremgår av KOFA-klagens bilag 6, 7 og 8, så var begrunnelsen for den nye tildelingsbeslutningen den samme som i administrasjonens og Finansinnkjøps opprinnelige innstilling til Formannskapet. Når det gjelder begrunnelsen for å tilsidesette den opprinnelige tildelingsbeslutningen, så er denne grundig redegjort for overfor.

Ørland kommune kan således ikke se at det foreligger mangler ved innholdet i den nye tildelingsbeslutningen.

Klager har også anført at kommunen ikke har anledning til å endre skjønnet som ble utøvd i den første tildelingsbeslutningen, jf. klagens s. 7. Kommunen er enig med klagers rettslige forståelse her, men bemerker at kommunen ikke har endret skjønnet i den første tildelingsbeslutningen, men har satt hele beslutningen til side som ulovlig. Dette strider ikke mot forskriften.

3.4 Vedståelsesfristen

Klager har anført at siden vedståelsesfristen har utløpt, så har ikke oppdragsgiver «noe bindende tilbud å forholde seg til, og konkurransen må avlyses», jf. klagen s. 6.

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") varslet at de godtok forlenget vedståelsesfrist. I sin klage av 06.12.2019 (KOFA-klagens bilag 9) 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 har som nevnt oppfattet Ørland Sparebank slik, jf. det siterte, at også de har forlenget vedståelsesfristen. Dette innebærer at kommunen, rent avtalerettslig, stod overfor to tilbud som fortsatt har gyldighet og er forpliktende for leverandørene.

Innledningsvis bemerkes det at etter forskriftsendring i 2012 ble oppdragsgiverne i FOA del II og del III-konkurranser, også etter utløpet av vedståelsesfristen, gitt anledning til å forespørre leverandørene om de ønsker å fastholde sine tilbud, så fremt det skjer innen rimelig tid. Slik Ørland kommune har forstått det, så kom denne forskriftsendringen i stand for å motvirke de uheldige effektene av enkle forglemmelser kombinert med et for rigid regelverk.

For de konkurranser som avholdes iht. FOA del I, så gjelder det imidlertid ikke egne regler for vedståelsesfristen. Reglene i FOA § 8-15 (del II) og § 20-6 (del III) gjelder uttrykkelig ikke, jf. FOA kap. 5.

I så måte anføres det prinsipalt at kommunen hadde full anledning til å forespørre leverandørene om forlenget vedståelse, særlig sett hen til *at ingen av leverandørene påpekte vektige grunner for ikke å forlenge tilbudene sine,* jf. også nedenfor. Riktignok fremsatte Ørland Sparebank en noe tvetydig aksept av forlengelse, men dette ble gjort i forbindelse med at man var uenig i tildelingen og ikke fordi man anførte at det ikke lengre var mulig eller ønskelig å forlenge tilbudets vedståelse. Heller motsatt, begge bankene indikerte at de var klare for å få sine tilbud akseptert.

I KOFA-klagen har Ørland Sparebank erkjent at reglene i del II og del III om vedståelsesfristen ikke gjelder. I forlengelsen av dette har klager anført at, i mangel av en *"positivrettslig regulering"* av vedståelsesfristen, så må *"vedståelsesfristen og dens utløp (..) vurderes på bakgrunn av generell avtalerett"*.

Hvis klager 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 klager skriver (KOFA-klagens s. 6) 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, saml. FOA § 8-15 (3) og 20-6 (3). Dette er klart nok ikke riktig og ville vært i motstrid med systemet innenfor anskaffelsesregelverket.

Når klager også viser til uttalelsene i KOFA-2011-268, så bemerkes det at dette var en anskaffelse over terskelverdi og før den ovennevnte forskriftsendringen. Den gir begrenset veiledning her.

Subsidiært anføres det at det forespørselen om forlenget vedståelse uansett kom *innen rimelig tid* og uten å medføre *en vesentlig endring av grunnlaget for konkurranse eller leverandørenes opprinnelige tilbud*. Hensikten med denne begrensningen er at oppdragsgiver ikke kan forlenge fristen dersom det endrer konkurranseforutsetningene eller vil være urimelig byrdefullt overfor leverandøren(e). For eksempel der en leverandør har tilbudt en rekke personellressurser innenfor et gitt tidsrom, og behøver en avklaring av om tilbudet vil bli antatt eller ikke.

I vår sak er det ingenting som tilsier at konkurranseforutsetningene endret seg. Den nye kommunen var operativ fra 1. januar 2020 og behøvde uansett bankforbindelse fra dette tidspunktet. Verken vinnende leverandør eller Ørland Sparebank har påpekt noe forhold som

gjør at deres tilbud ikke kunne opprettholdes. Banktjenester vil normalt heller ikke være noe en bank «har knapphet på», saml. f.eks. en konkurranse om entreprisearbeid.

Klager har også antydet at saken kan utgjøre en direkteanskaffelse, se KOFA-klagen s. 6.

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.

3.5 De konkrete vurderingene i den nye tildelingsbeslutningen

I klagens punkt 7.4 anfører Ørland Sparebank at det er feil eller mangler i kommunens vurderinger av tildelingskriterium «B – Service, teknisk bistand og rådgivning». Klager har spesifikt vist til punktene B 1, B 2, B 3 og B 4. Det er ikke klaget over kommunens vurderinger knyttet til punkt B 5 og kriterium «A – Pris».

Ørland kommune vil innledningsvis påpeke at KOFA og domstolenes mulighet til å føre rettslig kontroll med oppdragsgivers evaluering av tilbudene er begrenset, med en nokså vid ramme for det innkjøpsfaglige skjønn, jf. eksempelvis KOFA-2019-147 premiss 30 hvorfra det hitsettes:

> *«Innledningsvis bemerkes at den rettslige kontrollen med evalueringen av tilbudene er begrenset. Klagenemnda kan prøve om innklagede har forholdt seg til tildelingskriteriene slik de er angitt i konkurransegrunnlaget, om tilbudenes innhold er korrekt fastlagt, og om skjønnsutøvelsen er vilkårlig, sterkt urimelig eller for øvrig i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4, jf. eksempelvis Høyesteretts avgjørelse i Rt-2007-1783, premiss 44»*

Med det rettslige utgangspunktet klarlagt, så vedlegger Ørland kommune her Finansinnkjøps kommentarer til Ørland Sparebanks anførsler:

Bilag 9: Uttalelse om evalueringen, fra Finansinnkjøp.

3.6 Krav om fremleggelse av dokumenter

Klager har krevd framlagt dokumentet som Bjerkan Stav Advokatfirma utarbeidet i forbindelse med at Ørland kommune mottok klage fra SMN v/advokatfirmaet BAHR. Det er vist til tvl. § 21-3 (2), annet punktum jf. tvl. § 22-3 (3). Ørland kommune er enig i at de disse bestemmelsene – rent generelt – får anvendelse, jf. KOFA-forskriften § 11.

For øvrig er Ørland kommune helt uenig i at kommunen plikter å fremlegge en usladdet versjon av det aktuelle dokumentet.

For det første er det tvisteloven § 21-3 (2), annet pkt. jf. tvl. § 22-5 (1) som er rette henvisning i denne saken. Dokumentet det er krevd innsyn i er Ørland kommunes innhenting av rettslige råd og veiledning fra sin(e) advokat(er). Det er i seg selv grunn nok til ikke å kunne kreve fremlagt dokumentet, like lite som Ørland kommune kan kreve fremlagt korrespondanse mellom Ørland Sparebank og klagers advokatforbindelse. Det motsatte resultatet ville medføre en radikal endring innenfor norsk sivilprosess.

For det andre presiseres det at klager ikke kan hjemle innsyn i dokumenter i KOFA-saken i medhold av offentleglova. Denne gjelder ikke for saksbehandlingen og dokumentfremleggelsen i KOFA, jf. motsetningsvis av KOFA-forskriftens § 11. Se også KOFA-2019-147, premiss 58 og 59 som gjaldt nettopp dette.

Foranlediget av KOFA-klagen vil Ørland kommune likevel bemerke følgende:

Det er ikke en korrekt gjengivelse av faktum at Ørland kommune nekter innsyn i dokumentet etter reglene i offentleglova, på tross at av Fylkesmannen har bestemt at det skal gis innsyn.

I tidsrommet rundt klagen på tildelingsbeslutningen fra Ørland Sparebank, krevde Ørland Sparebank innsyn i 1) klagen fra Sparebank 1 SMN og 2) den nevnte, juridiske vurderingen fra Bjerkan Stav Advokatfirma.

Kommunen innvilget innsyn i klagen fra SMN. Den juridiske vurderingen ble det nektet innsyn i, under henvisning til offentleglova § 23.

Ørland Sparebank v/adv. Lyng påklaget avslaget på innsyn i den juridiske vurderingen. Kommunen innvilget da delvis innsyn i den juridiske vurderingen. For den delen av dokumentet som det ikke ble gitt innsyn i, så ble hjemmelsgrunnlaget utvidet til både offentleglova § 23 og offentleglova § 15 (2). Saken ble deretter sendt til Fylkesmannen i Trøndelag.

Fylkesmannen fant at offentleglova § 15 (2) ikke kunne hjemle unntatt offentlighet. Fordi Ørland kommune mente at Fylkesmannen – på dette punktet – hadde lagt til grunn et ufullstendig faktum, har kommunen sendt en ny henvendelse til Fylkesmannen. Dette har Fylkesmannen ikke besvart ennå, og kommunen har formodet at dette skyldes lang saksbehandlingstid, gitt dagens koronasituasjon.

Når det gjaldt offentleglova § 23, så var Fylkesmannen enig med kommunen i at denne kunne hjemle unntak. Det er riktig at Fylkesmannen stilte spørsmål ved om det var nødvendig å unnta så store deler av dokumentet. Fylkesmannen sendte saken tilbake til kommunen slik at kommunen kunne foreta en ny vurdering av dette.

Kommunen har avventet med å vurdere innsynsunntak etter offentleglova § 23 inntil Fylkesmannen tar stilling til kommunens henvendelse om offentleglova § 15 (2).

Det foreligger ikke noe realitetsvedtak fra Fylkesmannen om at kommunen skal gis innsyn, saken er ikke ferdig behandlet. Eventuell sendrektighet i prosessen skyldes ikke Ørland kommune.

* * * * *

Klagetilsvar tilsendt KOFA per e-post på post@knse.no. Kopi er tilsendt prosessfullmektig for klager, adv. Gorm Lyng direkte.

Trondheim, 30. juni 2020



Markus Waterloo
Advokat