

Finansinnkjøp AS

Sendt per e-post til post@finansinnkjop.no

Oslo, 15. november 2019

Deres ref.:

Saksansvarlig advokat:
Beret Sundet

Klage vedr. kontraktstildeling - Hovedbankavtale for Nye Ørland kommune

1. Innledning

Vi viser til ovennevnte konkurranse og varsel om tildeling 6. november 2019. Vi bistår SpareBank 1 SMN («SMN») i saken. På vegne av SMN påklages tildelingsbeslutningen.

Formannskapetets vedtak om å endre tildelingsbeslutningen, og dermed sette til side den innstillingen administrasjonen utarbeidet i samråd med innleid ekspertise, lider av flere feil som bryter med grunnleggende regler for gjennomføring av offentlig anskaffelser. SMN er derfor av den oppfatningen at formannskapetets endring av tildelingsbeslutningen derfor må settes til side, og at det må fattes ny tildelingsbeslutning i tråd med administrasjonens innstilling.

Dersom klagen ikke tas til følge, kan SMN ha behov for å få en prøving av saken. Det anmodes derfor om at karensfristen forlenges slik at den ikke løper ut før SMN har fått svar på denne klagen og har hatt rimelig tid til å områ seg, se punkt 4 nedenfor.

2. Formannskapetets vedtak er ulovlig

2.1 Oversikt - rettslig grunnlag

I henhold til oppdragsgivers anslag over kontraktens verdi er anskaffelsen underlagt del I i forskrift om offentlige anskaffelser («foa.»). Anskaffelsen er også underlagt lov om offentlige anskaffelser («loa.»).

Selv om anskaffelsen er underlagt færre og mindre detaljerte prosedyreregler enn anskaffelser som følger del II og III av forskriften, må anskaffelsen blant annet overholde de grunnleggende kravene til konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet i loa § 4. Disse grunnleggende kravene danner grunnlag for rettigheter for tilbyderne og plikter for oppdragsgiver, jf. blant annet Prop.51 L (2015-2016) på side 81:

Ref.: #8885485/1

Advokatfirmaet BAHR AS

Tjuvholmen allé 16, Postboks 1524 Vika, NO-0117 Oslo, Tel: +47 21 00 00 50 Fax: +47 21 00 00 51
www.bahr.no Org.nr: NO 919 513 063

«Ved gjennomføringen av alle anskaffelser skal oppdragsgiver overholde prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet. [...] For det første danner prinsippene selvstendig grunnlag for plikter og rettigheter for oppdragsgivere og leverandører. Domstolene og KOFA har i en rekke saker utledet konkrete plikter og rettigheter fra de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5. Oppdragsgiverne må således påse ikke bare at de overholder de detaljerte prosedyrereglene ved gjennomføringen av sine anskaffelser, men også at de opptre i samsvar med ulovfestede plikter som domstolene og KOFA har forankret i de grunnleggende prinsippene. Manglende overholdelse av de grunnleggende prinsippene vil representere et brudd på regelverket på lik linje med manglende overholdelse av konkrete prosedyreregler i forskriftene.»

Etter SMNs oppfatning er flere av disse grunnleggende kravene brutt ved formannskapetets vedtak. Mangelen på en begrunnelse for formannskapetets vurdering av tilbudene strider mot kravet til etterprøvbarehet, se punkt 2.2 nedenfor. Vedtaket lider dessuten av saksbehandlingsfeil ved at to av formannskapetets medlemmer var inhabile, se punkt 2.3 nedenfor.

2.2 Brudd på kravet til etterprøvbarehet - mangelfull begrunnelse

2.2.1 Kravene til begrunnelsen

SMN gjør gjeldende at formannskapetets vedtak bryter med reglene om offentlige anskaffelser ved at det ikke er gitt en begrunnelse som setter SMN i stand til å forstå hvorfor formannskapet vurderer tilbudenes egenskaper annerledes enn administrasjonen.

Selv om det ikke gjelder egne regler om begrunnelse av tildelingsbeslutninger i foa. del I, følger visse krav til begrunnelse av det grunnleggende kravet til etterprøvbarehet i loa. § 4. I Prop.51 L (2015-2016) på side 82 er det uttalt at prinsippet om etterprøvbarehet innebærer at oppdragsgiver må:

«[...] sikre at vesentlige forhold i konkurransen kan etterprøves, slik at leverandørene faktisk gis mulighet til å kontrollere at oppdragsgiver har overholdt anskaffelsesregelverket»

Anskaffelsen er dessuten omfattet av foa. § 7-1, som er et direkte utslag av prinsippet om etterprøvbarehet. Her følger det at oppdragsgiver må oppbevare dokumentasjon som er «tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen».

Klagenemnda for offentlige anskaffelser («KOFA») har i en rekke saker lagt til grunn at en begrunnelsesplikt kan utledes av det grunnleggende kravet til etterprøvbarehet, også ved anskaffelser under de nasjonale terskelverdiene. Vi viser blant annet til KOFA 2008/153 (premiss 63) hvor det er lagt til grunn at:

«Det følger av kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5 at oppdragsgiver, også i konkurranser der forskriftens bestemmelser om begrunnelser ikke får anvendelse, må gi en begrunnelse for valg av leverandør som gjør det mulig å bedømme om tildelingen er foretatt i samsvar med reglene fastsatt for konkurransen, jf. klagenemndas saker 2004/53 (KOFA-2004-53) premiss 28 og 2008/83 (KOFA-2008-83) premiss 32.»

Dette er også lagt til grunn i senere avgjørelser fra KOFA, se KOFA 2009/25 og KOFA 2011/134.

I KOFA 2006/161 er det lagt til grunn at begrunnelsesplikten også gjelder for overordnede folkevalgte organer. Her ble det uttalt, med henvisning til tidligere praksis, at:

«Dersom de folkevalgte har fraveket administrasjonens innstilling skal dette begrunnes særskilt, jf. klagenemndas sak 2006/53. De folkevalgte må da også vise hvordan disse har vurdert kriteriene som ble vurdert annerledes enn administrasjonen.» (avsnitt 55)

Avgjørelsene gjelder tidligere lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Innholdet i de grunnleggende kravene avgjørelsene bygger på er imidlertid videreført i dagens regelverk, og avgjørelsene er derfor fortsatt relevante.

2.2.2 Formannskapets vedtak oppfyller ikke kravene til begrunnelse

De krav som stilles til begrunnelse av tildelingsbeslutningen er tilsidesatt ved formannskapets vedtak.

I denne saken må det stilles skjerpede krav til en begrunnelse som forklarer hvilke forhold som er vektlagt ved formannskapets vurdering, og som kan utelukke at det er tatt utenforliggende hensyn. Flere forhold tilsier en skjerpet begrunnelsesplikt i dette tilfellet:

- For det første vises det til at fellesnemnda uttrykte ønske om å vektlegge lokal tilstedeværelse i konkurransen, et krav som måtte tones ned i konkurransegrunnet for ikke å fremstå som diskriminerende.
- For det andre vises det til at to medlemmer av generalforsamlingen i Ørland Sparebank også sitter formannskapet, og deltok i avgjørelsen om tildelingen til Ørland Sparebank.
- For det tredje vises det til at formannskapet satt til side administrasjonens innstilling, som ble utarbeidet i samråd med innleid, uavhengig ekspertise, og som ga en fylldig begrunnelse for hvordan tilbudene var bedømt mot hverandre under hvert underkriterium.

Ovennevnte forhold gjør det desto viktigere at tilbyderne får en begrunnelse for vedtaket som gjør dem i stand til å etterprøve om det er tatt utenforliggende hensyn ved endringen av tildelingsbeslutningen. SMN har likevel ikke fått noen begrunnelse for *hvorfor* formannskapet endret tildelingsvurderingen på flere av underkriteriene. Det fremgår ikke av formannskapets vedtak hvilke forhold som er vektlagt ved hvert av disse underkriteriene, og hvordan formannskapet har vurdert forholdene opp mot tildelingskriteriene. Måten formannskapet har fattet avgjørelsen på og begrunnet sitt vedtak, etterlater derfor tvil om tildelingen er i tråd med regelverket og konkurransegrunnet.

Formannskapets vedtak strider derfor mot det grunnleggende kravet til etterprøvbarehet i loa. § 4 og kravet til dokumentasjon i foa. § 7-1, og leder til at tildelingsbeslutningen er ulovlig. Formannskapets vedtak må derfor settes til side, og det må fattes ny tildelingsbeslutning i tråd med administrasjonens innstilling.

3. Brudd på reglene om habilitet

Etter SMNs vurdering lider formannskapets vedtak videre av saksbehandlingsfeil i form av inhabilitet. Både Knut Ring og Finn Olav Odde deltok i avgjørelsen, til tross for at begge sitter som

Ørland kommunes representanter i generalforsamlingen til Ørland Sparebank. Ring og Odde var etter SMNs mening inhabile til å delta i avgjørelsen.

Det følger av foa. § 7-5 at offentlige anskaffelser er omfattet av reglene om habilitet i forvaltningsloven §§ 6 til 10, samt kommuneloven § 40 nr. 3. Forvaltningsloven § 6 første ledd inneholder de absolutte inhabilitetsgrunnene. Er vedkommende omfattet av forvaltningsloven § 6 første ledd, er vedkommende uten videre inhabil. Det følger blant annet av forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav e) nr. 1 at en offentlig tjenestemann uten videre er inhabil til å treffe avgjørelse i en sak der han er medlem av styret eller bedriftsforsamlingen til en sparebank som er part i saken. Andre forhold må vurderes etter bestemmelsen i andre ledd, der spørsmålet er om det foreligger «andre særegne forhold» som er «egnet til å svekke tillitten til» deres upartiskhet.

Som generalforsamlingsmedlemmer er Ring og Odde følgelig ikke direkte omfattet av ordlyden i forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav e) nr. 1. Likevel er man i en situasjon som ligger svært nær denne bestemmelsens anvendelsesområde. Det skal derfor lite til før man konstaterer inhabilitet etter den skjønsmessige vurderingen i bestemmelsens andre ledd. Rolleblandingen som beslutningstakere og medlemmer av generalforsamlingen i Ørland Sparebank er et forhold som er egnet til å svekke tilliten til deres upartiskhet. Det vises bl.a. til at kravet om likebehandling, jf. loa. § 4, står særlig sentralt ved tildeling av offentlige kontrakter. Ørland Sparebank er i en konkurransesituasjon med SMN, og Ørland Sparebank blir direkte tilgodesett gjennom konkurransens utfall.

At det i en slik konkurransesituasjon generelt skal mindre til før det konstateres inhabilitet, ble trukket frem i Høyesteretts dommer i Rt-2007-983 (SB Transport) (avsnitt 82) og Rt-1998-1398 (Torghatten). Sakene gjaldt nettopp inhabilitet ved offentlige anskaffelser. Synspunktet har også støtte i Ot.prp.nr.27 (1968-69) side 37. På samme måte som i SB Transport-dommen, er Ring og Odde personer med beslutningsmyndighet i innbyders organisasjon som også har sentrale posisjoner hos tilbyder.

Til historien hører det også med at fellesnemnda i møte 20. juni 2019 vedtok å be administrasjonen om å tilpasse konkurransegrunnlaget for at lokale banker skulle kunne delta i konkurransen. Odde og Ring foreslo i møtet henholdsvis å redusere kravet til forvaltningskapital (noe som åpnet for at Ørland Sparebank kunne delta i konkurransen) og å legge vekt på lokal tilstedeværelse. Når samme personer er med på å tilpasse anbudsreglene til gunst for banken de har sentrale posisjoner i, for deretter å behandle og avgjøre innstillingen av samme bank som vinner av konkurransen, skal det lite til for at tillitten til deres upartiskhet blir svekket.

På bakgrunn av disse forhold må Ring og Odde anses inhabile jf. foa. § 7-5 jf. forvaltningsloven § 6 andre ledd. De skulle derfor ikke deltatt i behandlingen av saken.

Når to av syv medlemmer må anses som inhabile, kan vedtaket ikke bli stående. Det vises til Høyesteretts uttalelse i Torghatten-dommen (s. 1411). Vedtaket er derfor ugyldig.

4. Avslutning

Som det fremgår ovenfor, er SMN av den oppfatning at formannskapetets endring av tildelingsbeslutningen derfor må settes til side. Det må derfor fattes ny tildelingsbeslutning i tråd med administrasjonens innstilling.

Dersom klagen likevel ikke tas til følge, kan SMN ha behov for å få en prøving av saken. Det anmodes derfor om at karensfristen forlenges slik at den ikke løper ut før SMN har fått svar på denne klagen og har hatt rimelig tid til å områ seg. Det bes om en snarlig bekreftelse på dette.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet BAHR AS



Daniel Sipos
advokat