

Jeg viser til brev datert 27.11.2019 om meddelelse av leverandør og karenperiode.

Pretor Advokat AS v/ undertegnede representerer Ørland Sparebank i denne saken.

Vedlagt følger klage på vedtak, hvor det prinsipalt bes om at konkurransen avlyses. Klagen sendes også pr ordinær post.

Dersom det er spørsmål til klage, ta gjerne kontakt.

Med vennlig hilsen / Yours sincerely

Gorm Lyng  
advokat/ Attorney at Law

Pretor Advokat AS  
Olav Tryggvasons gate 12  
Pb. 1734 Sentrum  
7416 Trondheim

Phone: +47 73 87 81 00  
Direct phone: + 47 97 63 87 54

[www.pretor.no](http://www.pretor.no)  
gorm.lyng@pretor.no



Ørland kommune  
Alf Nebbs gate 2  
7160 Bjugn

Vår ref.:  
16239-006

Deres ref.:

Trondheim  
6. desember 2019

#### **AD. Hovedbankavtale for Nye Ørland kommune – Tildeling kontrakt - Klage**

Det vises til brev datert 27.11.2019, med meddelelse om at Sparebanken 1 SMN er tildelt kontrakt som hovedbank, samt at karenperioden utløper den 9.12.2019 kl 23:59.

Det inngis herved klage på tildeling av kontrakt på vegne av Ørland Sparebank, og klage er inngitt innen fristen og skal behandles før en eventuell kontrakt inngås.

Pretor Advokat AS v/ undertegnede representerer Ørland Sparebank i denne saken, og jeg ber om at all korrespondanse rettes hit.

#### **1. Bakgrunn**

Det er utlyst konkurranse for avtale som ny hovedbank for Nye Ørland kommune, iht Lov om offentlige anskaffelser (LOA) og Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) del I.

To banker innga tilbud, og det ble gjennomført møte mellom kommunen og den enkelte tilbyder den 3.9.2019. Begge tilbydere inngir nytt økonomisk tilbud.

I Formannskapsmøte den 29.10.19 ble Ørland Sparebank innstilt og tildeling til denne bank enstemmig vedtatt. 2 representanter i Formannskapet ba om en vurdering av sin habilitet, og de ble funnet habile.

De kvalitative krav i konkurransegrunnlaget ble iht referat fra møtet, gjennomgått, begrunnet i møtet og votert over enkeltvis. Ny vurdering og begrunnelse ble enstemmig vedtatt.

Dette vedtaket skal være påklaget av Sparebanken 1 SMN. Klagen ligger ikke i postlistene, og både tidspunkt for innlevering av klage og innholdet er derfor ukjent for klager.

Tildeling av kontrakt er på nytt behandlet i Formannskapsmøte den 26.11.2019. Møtet konkluderer med at klage fra Sparebanken 1 SMN tas til følge.

Verken tidligere vurdering, klagegrunner eller andre forhold ved anskaffelsen er referert som gjennomgått og debattert.

Den 27.11.2019 mottar Ørland Sparebank brev om tildeling, der det bl.a fremkommer at Sparebanken 1 SMN har anført som klagegrunner, inhabilitet, manglende begrunnelse og utenforliggende hensyn.

Fra Nye Ørland kommunes behandling i dette møtet foreligger ingen ny vurdering av inhabilitet, det foreligger ingen vurdering av påstand om manglende begrunnelse eller om denne har innvirket på resultatet og heller ingen vurdering av om det kan foreligge utenforliggende hensyn eller om slike eventuelt har innvirket på tildelingen.

Det konkluderes kun med at Rådmannens innstilling fra møtet den 29.10.2019 ble vedtatt fulgt denne gangen.

## **2. Vedståelsesfrist**

I brev datert 27.11.2019 fra Nye Ørland kommune fremkommer korrekt at vedståelsesfristen er utløpt for begge tilbud.

Vedståelsesfristen ble i konkurransegrunnlaget satt til 1.10.2019, og begge tilbydere har akseptert denne.

I FOA § 8-15 fremgår at en vedståelsesfrist uansett kan forlenges dersom aksept foreligger før utløpet av den aktuelle frist. Forespørsel om samme kan også fremmes og forlengelse aksepteres dersom dette skjer «innen rimelig tid» etter utløpet av fristen.

Dette er vurdert bl.a i Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) sak 6/2016, der det henvises til NOU 2010:2 s 166. Forarbeidene viser til at 1 måned etter utløpt vedståelsesfrist «åpenbart er for sent». Det rettslige utgangspunkt er også opprettholdt i Hålogaland lagmannsrett sin dom LH-2014-189202.

I nærværende sak er vedståelsesfrist satt til 1.10.2019. Tildeling av kontrakt er gjort den 26.11.2019, nærmere to måneder etter utløpt vedståelsesfrist. Forespørsel om å vedstå seg tilbudet er sendt ut dagen deretter.

Det er dermed ikke rettslig grunnlag for å forlenge vedståelsesfristen etter erkjent utløp, og konkurransen kan derfor ikke fullføres. Nye Ørland kommune må da gjennomføre ny konkurranse med nye vurdering og tildeling.

Det nevnes i denne sammenheng at KOFA antyder muligheten av at inngåelse av kontrakt i den foreliggende situasjon kan anses for å være en ulovlig direkte anskaffelse. Dette vil en eventuelt måtte komme tilbake til på et senere tidspunkt.

Da konkurransen er kunngjort etter FOA del I kan det anføres at § 8-15 (og eventuelt § 19-3) ikke gjelder for denne anskaffelsen.

Resultatet av en slik anførsel er at den positivrettslige regulering i de nevnte bestemmelser ikke gjelder, og vedståelsesfristen og dens utløp må vurderes på bakgrunn av generell avtalerett.

Dette medfører at tilbud slutter å være bindende dersom kontrakt ikke inngås innen den frist som er satt, eller forlenges innen samme frist.

KOFA har i mange tidligere avgjørelser avklart at oppdragsgiver plikter å inngå, kontrakter eller på annen måte avslutte konkurransen innen vedståelsesfristens utløp eller forlenge den. Det vises til KOFA sak 2011/268 med videre henvisning.

Resultatet av at vedståelsesfristen er utløpt er at oppdragsgiver ikke har noen bindende tilbud å forholde seg til, og konkurransen må avlyses.

Nye Ørland kommune er således også på dette grunnlag forpliktet til å avlyse gjeldende konkurranse.

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.

### **3. Manglende begrunnelse for omgjøring**

Det fremgår av brev datert 27.11.2019 – korrekt – at det er gjort to tildelinger i denne saken, først den 29.10.2019 og deretter den 26.11.2019.

Det er imidlertid ikke gitt noen begrunnelse for den omgjøring som er gjort, utover at klage fra Sparebanken 1 SMN er tatt til følge. Det stilles derfor spørsmålstegn ved hvordan Nye Ørland kommune kan gå fra en enstemmig votering den 29.10 til en ny enstemmig votering den 26.11.2019.

Det må legges til grunn at begrunnelsen for omgjøring er avgjørende for at tilbyderne skal kunne ta stilling til sin rettslige situasjon. Dette fremgår av FOA § 10-1 og bygger på de alminnelige prinsipper i LOA § 4 bl.a om etterprøvbarehet og forutberegnelighet.

Vedr habilitet fremgår det av referat fra møtet den 29.10.19 at to medlemmer ba om vurdering av sin habilitet. De ble etter en vurdering av bl.a lovverket funnet ikke å være inhabile.

De to representantene er iht Ørland Sparebank sine vedtekter utpekt av Ørland kommune til å sitte i bankens generalforsamling. De er således kommunens representanter i banken, og skal etter sitt mandat påse at kommunens syn på bankens saker blir hørt.

Det er ikke synliggjort hvordan disse momenter er vurdert, og heller ikke om Nye Ørland kommune har utført eller innhentet en ny vurdering av de to representanters habilitet.

En ugyldighetsgrunn fører bare til ugyldighet så langt grunnen rekkes jf Echhoff/Smith forvaltningsrett 10.utgave s 475. Det enstemmige vedtaket vil således fortsatt stå ved lag, og endringen av vekting må derfor begrunnes nærmere.

Det er sikker praksis for at endring av skjønn iht klage ikke er tillatt og ikke rettmessig kan gjennomføres. Det må således foreligge en feil ved den enkelte vurdering gjort i vedtak av 29.10.2019. Dette fremgår av FOA §13-3 og § 22-3 jf FOA § 4 om forutberegnelighet.

Se også KOFA sak 2018/ 555 hvorfra det siteres;

*«Det er følgelig ikke tilstrekkelig for å omgjøre en tildelingsbeslutning at skønnsvurderingen i etterkant har blitt endret. Som nevnt ovenfor er det innklagede som må sannsynliggjøre at det utøvde skjønn var i strid med regelverket».*

Det legges til grunn at disse feil i kommunens saksbehandling har innvirket på vedtakets innhold jf nedenfor.

#### **4. Tildelingskriterier – Vurdering**

Forskjellen mellom de to tilbyderne på pris viser at Sparebanken 1 SMN er dyrere på tjenestesiden, men gir høyere rente på Nye Ørland kommunes innskudd. Den totale kroneforskjell er på 35 821,-.

For de andre kvalitative kriteriene under pkt B gjennomgått av Rådmannens innstilling fremlagt til møtet den 29.10.19, skal kort kommenteres følgende;

##### Kriterie B1

Ørland Sparebank er her trukket ett poeng, uten at selve scoren og berettigelsen av et helt poeng trekk er berørt.

I tillegg kan det se ut til at egne erfaringer med nettbank er avgjørende for den aktuelle evaluering. Det er ikke nærmere beskrevet hvilke erfaringer dette er, eller på hvilken måte erfaringene er etablert. «Egen erfaring» er å anse som en intern referanse, og KOFA har angitt klare regler for slike referanser.

Krav til egen stikkprøve/ referanse må følge de generelle regler i FOA § 4, og skal således oppfylle krav til likebehandling, etterprøvbarehet og forutberegnelighet. Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget hvordan kriteriet om nettbank skal vurderes, og det må således stilles krav til metode som også må fylle de nevnte krav. Dette medfører at en eventuelt test må gjelde alle tilbydere, nedtegnes skriftlig sammen med en skriftlig evaluering.

Det er ikke noe som tyder på at slike krav er oppfylt.

Evaluering og resultat synes dermed å stride med regelverket for offentlige anskaffelser.

### Kriterie B2

Kriteriet gjelder kontakthåndtering, og Ørland Sparebank er trukket 0,5 poeng uten at poengscore er diskutert eller at det er angitt hvordan en vurderer kriterier for poengsetting.

Det synes å være lagt avgjørende vekt på et delkriterium under dette kriteriet, nemlig reduksjon av kontantbehandling i kommunen og kontakthåndtering av 3. mann.

Nye Ørland kommune har behov for en bankforbindelse som kan håndtere kontanter, det gjør Ørland Sparebank. De har heller ikke behov for 3. manns håndtering av kontanter, og dette gjenspeiles i tilbudet.

Det er endelig vanskelig å se hvordan Sparebanken 1 SMN kan gi et mangelfullt tilbud på 3. manns håndtering av kontanter, samtidig som dette tilbudet skal være mer bindende enn tilbudet fra Ørland Sparebank. Begge tilbud er bindende, Ørland Sparebank har egen kontanthåndtering. Det er således ikke mulig å forstå hva kommunen har vektlagt og hvorfor.

### Kriterie B3

Kriteriet gjelder service, oppfølging og tilgjengelighet i det daglige. Bankene er her funnet likeverdige.

Det legges her vekt på at Ørland Sparebank er en langt mindre bank enn Sparebanken 1 SMN, videre at SMN stiller med kundekontakter fra offentlig sektor i banken. Dette forstås slik at det første er negativt og det siste er positivt for den aktuelle banker.

Det er vanskelig å se at argumentene er relevante for kriteriet. Ørland Sparebank har sitt hovedkontor i Nye Ørland kommune, og oppfyller konkurransens kvalifikasjonskrav. Kundekontakten i SMN har kun bæring for vurderingen dersom Ørland Sparebank ikke har samme erfaringsgrunnlag i sin bank. Dette synes vanskelig å forstå all den tid det er opplyst i evalueringen at Ørland Sparebank er Ørland kommunes bankforbindelse pr i dag.

Det er slik begrunnelsen er formulert vanskelig/ ikke mulig å forstå hvilke relevante elementer som er vektlagt under dette kriteriet.

### Kriterie B4

Kriteriet gjelder gratis CM analyse, og Ørland Sparebank er trukket 0,5 poeng.

Det er vektlagt at Sparebanken 1 SMN har erfaring fra andre kommuner vedr CM analyse, og at Ørland Sparebank har beskrevet et begrenset omfang.

Det fremgår ikke verken av konkurransegrunnlag eller av senere avklaring at ubegrenset omfang av CM analyse er et kvalitativt gode. Ørland Sparebank har ikke begrenset sitt omfang, men har foreslått halvårlige analyser ut fra en vurdering av behov.

Når Nye Ørland kommune vektlegger ubegrenset behov, er dette et forhold som Ørland Sparebank uproblematisk kunne ha justert i forhandlingsrunden dersom dette var gjort til tema av kommunen.

Når kommunen ikke gir innspill på slike enkelt justerbare forhold, vil vurderingen være i strid med krav til forutberegnelighet jf FOA § 4.

### **5. Feilens betydning**

De forhold som er påpekt i pkt 4 kriterie B1, B2, B3 og B4 anføres å være i strid med FOA § 4 om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet, og således en saksbehandlingsfeil.

Manglende begrunnelse jf pkt 3 ovenfor er en saksbehandlingsfeil i seg selv.

Det anføres at de påpekte mangler vil lede til vurderinger i tråd med krav i regelverket om offentlige anskaffelser. Det anføres i forlengelsen av dette at vurderinger og begrunnelse i tråd med krav i regelverket ville blitt kvalitativt annerledes.

Saksbehandlingsfeilene som er påpekt er således egnet til å påvirke innholdet i vedtaket jf forvaltningslovens § 41, som dermed er oppfylt.

### **6. Avslutning**

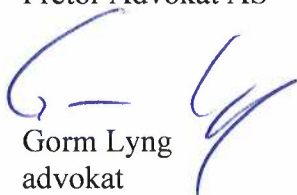
Etter det som er gjennomgått ovenfor, ber Ørland Sparebank om følgende;

Prinsipalt at konkurransen avlyses, da vedståelsesfristen er utløpt og det ikke foreligger anvendelig rettslig grunnlag for en forlengelse.

Subsidiært at tildeling omgjøres og at Ørland Sparebank tildeles kontrakt.

Dersom det er spørsmål, ta gjerne kontakt.

Med vennlig hilsen  
Pretor Advokat AS

  
Gorm Lyng  
advokat