



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4, Vedståelse, Habilitet, Begrunnelse, Tildelingsevaluering

Innklagede gjennomførte en tilbudskonkurranse for inngåelse av ny hovedbankavtale. Klager anførte prinsipalt at konkurransen skulle ha vært avlyst da vedståelsesfristen var utløpt, og subsidiært at det ikke forelå omgjøringsadgang som følge av inhabilitet for to medlemmer ved behandling av evaluering og innstilling i formannskapet. Klager anførte videre at det forelå feil ved tildelingsevalueringen, og at denne var i strid med de generelle kravene i § 4. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved bedømmelsen av ett delkriterium. Klagenemnda ga innklagede medhold i anførselen om at tildelingsbeslutningen måtte omgjøres som følge av inhabilitet hos to medlemmer i formannskapet, som kunne ha virket inn på tildelingsbeslutningen. Klagenemnda kom videre til at innklagede hadde brutt regelverket ved å inngå kontrakt etter utløp av vedståelsesfristen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 19. november 2020 i sak 2020/413

Klager: Ørland Sparebank

Innklaget: Ørland kommune

Klagenemndas medlemmer: Karin Fløistad, Kjersti Holum Karlstrøm og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

- (1) Ørland og Bjugn kommune ble sammenslått 1. januar 2020. Som ledd i arbeidet med sammenslåing av kommunene skulle det anskaffes ny hovedbankavtale. FINANSinnkjøp AS ble engasjert for å gjennomføre konkurransen på vegne av kommunene. FINANSinnkjøp AS skulle utarbeide en rapport med vurderinger og anbefalinger som deretter ville bli oversendt rådmann for Nye Ørland kommune. Rådmannen ville deretter fatte vedtak om valg av ny hovedbankforbindelse.
- (2) Forut for kunngjøring av konkurransen hadde Arbeidsutvalget for Ørland og Bjugn kommune møte 20. juni 2019, hvor konkurransegrunnlaget ble fremlagt. I saksprotokollen «PS 19/33 Hovedbankavtale» fra møtet fremgår det at flere representanter fremmet forslag til justeringer i konkurransegrunnlaget:

«[A] (SP) fremmet følgende tillegg til avtalens punkt A 12:

- Endre kulepunkt 1. Forvaltningskapitalen endres fra 5 til 3 mrd kroner
- Nytt kulepunkt 3. To eller flere banker kan levere tilbud sammen

[C] (SV) fremmet følgende:

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- *Bankforbindelsen bør være sertifisert som miljøfyrtårn*

[D] (SP) fremmet at følgende tas inn i konkurransegrunnlaget:

- *Lokal tilstedeværelse skal vektlegges tungt ved valg av ny hovedbankforbindelse*

[B] (AP) fremmet følgende tillegg til konkurransegrunnlaget:

- *Lokal tilstedeværelse vektlegges i valg av ny hovedbankforbindelse».*

- (3) Arbeidsutvalgets innstilling ble enstemmig vedtatt. Videre ble forslaget fremmet av A vedtatt enstemmig, mens forslaget fremmet av B ble vedtatt med 28 mot 12 stemmer. Arbeidsutvalget vedtok følgende tillegg:

«Vedtak

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*
- *Tillegg til avtalens punkt 12*
 - *Forvaltningskapitalen reduseres fra 5 til 3 mrd kroner*
 - *To eller flere banker kan levere tilbud sammen*
- *Lokal tilstedeværelse skal vektlegges tungt ved valg av ny hovedbankforbindelse*
- *Lokal tilstedeværelse skal vektlegges i valg av ny hovedbankforbindelse».*

- (4) Administrasjonen ved Rådmannen justerte tilbudsforespørselen i tråd med Arbeidsutvalgets vedtak. Kravet om «*lokal tilstedeværelse*» ble ikke inkludert, da administrasjonen fant at kravet ville stride mot kravet til likebehandling av aktørene.
- (5) Nye Ørland kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde deretter 3. juli 2019 en tilbudskonkurranse for anskaffelse av hovedbankavtale for Nye Ørland kommune. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.1.5 estimert til 800 000 kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.2.2 angitt til 26. august 2019.
- (6) Av konkurransegrunnlaget punkt B.1 gikk det frem at «*Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud er det økonomisk mest fordelaktige for Oppdragsgiver*». Tildelingskriteriene var «*Pris*» (vektet 60 prosent) og «*Service, teknisk bistand og rådgivning*» (vektet 40 prosent).
- (7) Kriteriet «*Service, teknisk bistand og rådgivning*» var delt inn i seks underkriterier:

«B1: Nettbankens funksjonalitet (herunder brukervennlighet, fleksibilitet, historikk, rapportering, oppetid, rutiner rundt fullmaktsadministrasjon og fullmaktsregister med særlig vekt på Oppdragsgivers egen mulighet til administrasjon av fullmakter).

B2: Praktiske løsninger for inn- og utlevering av kontanter

B3: Service, oppfølging og tilgjengelig i det daglige.

B4: Omfanget av en eventuell gratis CM- analyse/gjennomgang av Oppdragsgiver

B5: Oppdragsforståelse, herunder kundeteamets egnethet og relevante kompetanse

B6: Implementeringsplan for Nye Ørland kommune.»

- (8) Det var videre opplyst at oppdragsgiver ville benytte en poengskala fra 1 til 10 poeng, der 10 poeng skulle gis til den beste besvarelsen på hvert kriterium. Det ville bli gitt en poengscore som skulle gjenspeile relevante forskjeller i tilbudene nedover for øvrige tilbud. Dersom to tilbud ble vurdert som like innenfor et kriterium, kunne de få samme karakter.
- (9) Innen fristen mottok innklagede to tilbud, fra Sparebanken 1 SMN og Ørland Sparebank.
- (10) Begge leverandørene ble vurdert som kvalifiserte, og ble invitert til et presentasjons- og forhandlingsmøte den 3. september 2019, hvor tilbudene ble gjennomgått og det ble forhandlet om vilkår.
- (11) Rådmannen la frem sin innstilling for Formannskapet 29. september 2019, i samråd med konklusjonene fra FINANSinnkjøp AS. Det gjengis følgende fra innstillingen:

«Rådmannens innstilling

- *Sparebank 1 SMN innstilles som kommunens hovedbankforbindelse for perioden 1/1-2020 til 31/12-2022 med ett års opsjon for forlengelse.*
 - *Begrunnelsen er at de leverte det beste økonomiske tilbudet samt scorer best på service og teknisk bistand.»*
- (12) For kriteriet «Pris» fikk Ørland Sparebank 9,996 poeng og Sparebanken 1 SMN 10 poeng. For kriteriet «Service, teknisk bistand og rådgivning» oppnådde Sparebanken 1 SMN 10 poeng, mens Ørland Sparebank oppnådde 9,6 poeng.
 - (13) Før behandlingen i formannskapet ba to representanter (A og B) om en vurdering av sin habilitet. Dette som følge av at de satt som kommunens representanter i generalforsamlingen til Ørland Sparebank. Formannskapet vurderte representantene som habile i behandlingen av saken.
 - (14) Under formannskapets behandling av rådmannens innstilling, ble de skjønnsmessige vurderingene endret på fire av de fem enkeltpunktene under kriteriet «Service, teknisk bistand og rådgivning». Resultatet av disse endringene ble at Ørland Sparebank ble oppjustert på alle punkter hvor de ikke hadde oppnådd toppscore, mens Sparebanken 1 SMN fikk sin poengscore nedjustert på ett punkt. Endringen medførte at Ørland Sparebank vant konkurransen, og Formannskapet vedtok enstemmig å innstille Ørland Sparebank som kommunens hovedbankforbindelse.
 - (15) Innklagede meddelte i brev av 6. november 2019 at kontrakten var tildelt Ørland Sparebank. I brev av 15. november 2019 mottok innklagede klage fra Sparebank 1 SMN. Sparebank1 SMN anførte at innklagedes tildelingsbeslutning var ulovlig, da

Formannskapetets begrunnelse for endringen var mangelfull, og fordi vedtaket led av saksbehandlingsfeil ved at to av representantene var inhabile.

- (16) Etter en ekstern juridisk vurdering vedtok Formannskapet den 26. november 2019 å ta klagen fra Sparebank 1 SMN til følge. Tildelingsbeslutningen av 6. november 2019 ble dermed annullert. Representantene A og B meldte seg inhabile i forbindelse med klagebehandlingen.
- (17) Innklagede meddelte i brev av 27. november 2019 at kontrakten var tildelt Sparebank 1 SMN (heretter *valgte leverandør*). Innklagede opplyste samtidig om at vedståelsesfristen for tilbudene var gått ut, og ba tilbyderne bekrefte at de ville forlenge vedståelsesfristen. Valgte leverandør bekreftet forlengelse.
- (18) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 11. desember 2019.
- (19) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. mai 2020.
- (20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. november 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre den første tildelingsbeslutningen. Representantene A og B var ikke inhabile i behandlingen av innstillingen, da de kun sitter i klagers generalforsamling som kommunens representanter.
- (22) Begrunnelsen for omgjøringsvedtaket er uansett mangelfull, og gjør det vanskelig for klager å ta stilling til sin rettslige situasjon. Dette er i strid med kravene i loven § 4 og forskriften § 10-1.
- (23) Innklagedes nye vurdering av tildelingskriteriene er i strid med kravene i LOA § 4 til forutberegnelighet og etterprøvbarhet.
- (24) Konkurransen skulle ha vært avlyst da vedståelsesfristen var utløpt, og det ikke var rettslig grunnlag for å forlenge fristen. Vedståelsesfristen var i konkurransegrunnlaget satt til 1. oktober 2019, og forespørsel om forlengelse kom først 27. november 2019. Tilbudet var da ikke lenger bindende.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (25) Innklagede hadde rett og plikt til å omgjøre den første tildelingsbeslutningen, da den var beheftet med flere feil jf. kravene i loven § 4. Tildelingsbeslutningen var for det første ulovlig ved at to av syv representanter i Formannskapet var inhabile, fordi de også satt i klagers generalforsamling, jf. forskriften § 7-5, forvaltningsloven §§ 6 til 10 og kommuneloven § 40. Det gjelder en skjerpert habilitetsvurdering når det foreligger en konkurransesituasjon. Det ble videre tatt utenforliggende hensyn i strid med kravet til likebehandling, og tildelingsbeslutningens begrunnelse var ikke akseptabel, all den tid den avvek fra administrasjonens innstilling.
- (26) Den nye tildelingsbeslutningen er tilstrekkelig begrunnet og i tråd med prinsippene i loven § 4.

- (27) Både valgte leverandør og klager forlenget vedståelsesfristen, og innklagede sto ovenfor to tilbud som fortsatt hadde gyldighet og som var forpliktende for leverandørene. For konkurranser som avholdes etter forskriften del I gjelder det ikke egne regler for vedståelsesfrist.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av kontrakt for ny hovedbankavtale for Nye Ørland kommune, som er en tjenesteanleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.5 estimert til 800 000 kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Omgjøring av den første tildelingsbeslutningen

- (29) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre den første tildelingsbeslutningen. Innklagede anfører at de hadde både rett og plikt til å omgjøre den første tildelingsbeslutningen, da den var beheftet med flere feil. Innklagede peker på at Formannskapet var satt med inhabile representanter, at det ble tatt utenforliggende hensyn i strid med kravet til likebehandling, og at begrunnelsen for vedtaket var mangelfull.
- (30) Av bestemmelsene i forskriften del II § 10-1 (3) og del III § 25-1 (4), går det frem at oppdragsgiver, dersom han finner at tildelingsbeslutningen er «i strid med forskriften», kan omgjøre beslutningen helt frem til kontrakten er inngått. Dette er forstått slik at oppdragsgiver kan og skal rette opp feil ved den foregående evalueringen, men at en lovlig tildelingsbeslutning ikke kan annulleres ut fra en endret skjønsmessig vurdering, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2017/21 avsnitt 40 med videre henvisninger.
- (31) Dersom en tildelingsbeslutning er truffet av medlemmer som er inhabile, vil vedtaket likevel være gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Bestemmelsen medfører derfor at inhabilitet i en sak som denne ikke alene kan begrunne en omgjøringsadgang. Bestemmelsen forutsetter at inhabiliteten kan ha hatt innvirkning på tildelingsbeslutningen før en tildelingsbeslutning kan omgjøres.
- (32) Forskriften del I inneholder ingen bestemmelser om omgjøring av tildelingsbeslutninger. Det kan likevel ikke være tvilsomt at oppdragsgiver, også i anskaffelser som følger forskriften del I, har både rett og plikt til å rette opp feil ved evalueringen. En slik plikt til å korrigere feil ved evalueringen, kan utledes av de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4. Klagenemnda tar først stilling til lovligheten av den første evalueringen.

Habilitet

- (33) Innklagede har anført at representantene A og B som deltok i tildelingsbeslutningen, var inhabile. Dette har innklagede begrunnet med at representantene også satt i generalforsamlingen til klager, som er bankens øverste organ. Videre har begge representantene foreslått endringer i konkurransegrunnlaget med det uttrykkelige formålet at lokale banker skulle kunne delta og ha et fortrinn i konkurransen.

- (34) Klager har avvist at representantene var inhabile, og viser til at A og B ble utpekt som kommunens representanter i bankens generalforsamling i tråd med daværende sparebanklov § 8b. Representantenes rolle er kontroll med bankens samfunnsfunksjon, ikke av kommersiell art, og ordningen er nå avvirket. Representantene ba også om en vurdering av sin habilitet, og et samlet formannskap fant dem habile til å delta ved behandlingen av rådmannens innstilling.
- (35) Ved gjennomføringen av en anskaffelse som er omfattet av forskriften, gjelder forvaltningslovens regler om habilitet, jf. forskriften § 7-5 (1). Etter forvaltningslovens § 6 andre ledd anses en offentlig tjenestemann inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller treffe avgjørelse i en sak dersom det foreligger «*særegne forhold*» som er «*egnet til å svekke tilliten til [vedkommendes] upartiskhet*».
- (36) Det er ikke anført, og heller ikke holdepunkter for, at A eller Bs tilknytning til saken omfattes av de situasjonene som er oppregnet i § 6 første ledd. Spørsmålet er om A og Bs deltakelse i henholdsvis klagers generalforsamling, og i kommunens arbeidsutvalg (også kalt Fellesnemnda)/formannskapet, er et «*særeg[ent] forhold*» som er «*egnet til å svekke tilliten til [deres] upartiskhet*», jf. forvaltningsloven § 6 andre ledd.
- (37) Ordlyden «*særegne*» forhold oppstiller en viss terskel; ikke enhver tilknytning medfører inhabilitet. I relasjon til det likelydende vurderingstema etter domstoloven § 108 har Høyesterett uttalt at det avgjørende er hvorvidt «*de særlige forholdene i saken etter en objektiv vurdering gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på dommerens upartiskhet*», jf. HR-2016-2311-P avsnitt 15. Klagenemnda finner denne presiseringen av vurderingstemaet treffende også for habilitetsvurderinger etter forvaltningsloven § 6 andre ledd, uten at det dermed er sagt at terskelen for inhabilitet nødvendigvis er den samme.
- (38) Det følger av Høyesteretts avgjørelse i Rt.1998 s.1398 *Torghatten* på s.1410 at det gjelder en skjerpet habilitetsvurdering dersom det foreligger en konkurransesituasjon. Dette fordi prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og konkurranse her står i en særlig viktig posisjon, jf. anskaffelsesloven § 4. Det avgjørende er om den/de aktuelle personen(e) har hatt en slik rolle i anskaffelsen at det var «*egnet til å svekke tilliten til at anbyderne konkurrerte på like vilkår*», jf. Rt. 2007 s. 983 *SB Transport*, avsnitt 82.
- (39) De to nevnte medlemmene har vært med på både utforming av konkurransegrunnlaget, og den senere tildelingsevalueringen – der blant annet medlemmene deltok inngående i den skjønnsmessige evalueringen av tildelingskriteriene. De nevnte medlemmene hadde også betydelig påvirkningsmulighet i den konkrete evalueringen – som to av syv medlemmer som skulle avgjøre tildelingen. De to nevnte medlemmenes betydelige påvirkningsmuligheter i den siste og avgjørende delen av konkurransen, tilsier at det foreligger et skjerpet krav til deres habilitet for at omverden skal ha tillit til at tilbyderne konkurrerer på like vilkår.
- (40) Som medlem av en parts øverste organ medfører ikke dette en automatisk inhabilitet, men situasjonen ligger nær opp til de automatiske inhabilitetsgrunnene. Når det foreligger en konkurransesituasjon – der de aktuelle personene har betydelig innflytelse på beslutningen, finner klagenemnda at det foreligger et «*særegne forhold*» ved at disse personene samtidig som de deltok i avgjørelsen av konkurransen, var representanter i en av tilbyderens øverste organ. Klagenemnda er derfor kommet til at det foreligger «*særegne forhold*» etter fvl. § 6 annet ledd som var egnet til å svekke tilliten til at

tilbyderne konkurrerte på like vilkår. De to nevnte medlemmene av formannskapet var således inhabile til å delta i evaluering av, og beslutning om tildeling av hovedbankavtale.

(41) Klagenemnda er av den oppfatning at en omgjøringsadgang er betinget av at tildelingsbeslutningen er ugyldig. En tildelingsbeslutningen som lider av saksbehandlingsfeil, er likevel gyldig dersom det er grunn til å regne med at inhabiliteten «ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold», jf. forvaltningsloven § 41. Dette er i juridisk teori definert som at det er tilstrekkelig at det ikke er en helt fjerntliggende mulighet for innvirkning, jf. Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* (10. utgave, 2014), side 465.

(42) I veilederen fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet «Habilitet i kommuner og fylkeskommuner – om inhabilitetsreglene i forvaltningsloven og kommuneloven» fra 2011 s. 35 fremkommer det uttalelser om vedtak truffet i organer at:

«I kollegiale organer fører inhabilitet for et medlem ikke nødvendigvis til at organets vedtak blir ugyldig. Det vil bare være aktuelt hvis inhabiliteten kan ha hatt betydning for vedtakets innhold. Normalt vil vedtaket derfor være gyldig i de tilfeller der den inhabile tilhører mindretallet. Dersom den inhabile tilhører flertallet, blir det ikke statuert ugyldighet når stemmetallene er slik at det er uten betydning hvordan representanten ville ha stemt. Et forhold som også kan ha betydning er når vedkommende har stemt konsekvent på samme måte i tilsvarende saker der han har vært habil. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det i enkelte tilfeller må konstateres ugyldighet, selv om den inhabiles stemmegivning i og for seg ikke er avgjørende. For eksempel kan ugyldighet likevel være aktuelt når den inhabile har opptrådt svært aktivt, og dermed kan ha påvirket de andre medlemmenes stemmegivning.»

(43) Tildelingsbeslutningen var enstemmig, så formelt fremstår det som om inhabiliteten ikke har hatt betydning for stemmegivning og utfall ved tildelingen. Det foreligger imidlertid etter klagenemndas vurdering ytre omstendigheter i saken som tilsier at inhabiliteten har påvirket stemmegivningen. Det vises til at nevnte medlemmer var særlige aktive ved behandling av konkurransegrunnlaget før kunngjøring av konkurransen, der de to fremmet ønske om å legge mer til rette for lokale banker i konkurransen. Nemnda viser videre til det faktum at formannskapet uten disse to medlemmene – omgjorde tildelingen og landet på opprinnelig innstilling fra rådmannen. Det kan derfor utad fremstå som en erkjennelse av at inhabiliteten har hatt betydning ved den første tildelingen. Klagenemnda har derfor kommet til at det ikke er en helt fjerntliggende mulighet for at inhabiliteten kan ha hatt innvirkning ved evalueringen og på tildelingsbeslutningens innhold.

(44) Den opprinnelige tildelingsbeslutningen var dermed i strid med regelverket. Denne feilen hadde innklagede både rett og plikt til å rette opp, gjennom en omgjøring av tildelingsbeslutningen.

(45) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre den første tildelingsbeslutningen, kan ikke føre frem.

Ulovlig tildelingsevaluering – tildelingskriteriet «Service, teknisk bistand og rådgivning»

(46) Klagenemnda tar videre stilling til klagers anførsler om at tildelingsevalueringen i Formannskapets nye vedtak var ulovlig.

- (47) Den første tildelingsbeslutningen ble som nevnt annullert. Slik klagenemnda forstår det, la Formannskapet deretter – i den andre tildelingsbeslutningen – rådmannens opprinnelige innstilling til grunn.
- (48) Klager anfører at denne andre tildelingsevalueringen er i strid med regelverket. Klager anfører nærmere bestemt at evalueringen under tildelingskriteriet «*Service, teknisk bistand og rådgivning*» var i strid med kravene til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i loven § 4.
- (49) Anførselen knytter seg til underkriteriene om nettbankens funksjonalitet (B1), praktiske løsninger for inn- og utlevering av kontanter (B2), service, oppfølging og tilgjengelighet i det daglige (B3) og omfang av en eventuell gratis CM-analyse (B4).
- (50) Ved evalueringen av tilbudene utøver oppdragsgiver et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn, som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om evalueringen er usaklig, uforsvarlig eller på annen måte i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (51) Klager anfører for det første at innklagede har brutt regelverket ved å vektlegge egne erfaringer ved bedømmelsen av tildelingskriteriet B1.
- (52) Klagenemnda har i sin praksis godtatt at oppdragsgivers erfaringer med en leverandør fra tidligere oppdrag kan vektlegges som en del av en kvalitetsvurdering, der dette er gjort til tildelingskriterier for konkurransen, og oppdragsgivers egne erfaringer er objektivt konstaterbare, jf. eksempelvis sak 2012/43 (premiss 21) og 2019/289 (premiss 37).
- (53) I konkurransegrunnlaget fremgikk det at kriteriet B1 skulle evalueres basert på nettbankens funksjonalitet «*herunder brukervennlighet, fleksibilitet, historikk*» osv. Det var ikke nærmere beskrevet hvordan innklagede ville foreta den konkrete evalueringen.
- (54) Klagenemnda kan ikke se at innklagede med dette har gjort egne erfaringer til et tildelingskriterium i konkurransen. Som det vil fremgå nedenfor, kan nemnda heller ikke se at de erfaringene som innklagede har lagt vekt på var objektivt konstaterbare.
- (55) I innstillingen til Formannskapet skrev administrasjonen og FINANSinnkjøp AS at begge leverandørene hadde fleksible og noenlunde like nettbankløsninger. Begrunnelsen for at valgte leverandør oppnådde høyere score, var at de «*beskriver flere funksjoner enn Ørland Sparebank, og ut fra det skriftlige tilbudet og egne erfaringer er denne nettbanken bedre og mer fleksibel*». Henvisningen til «*egne erfaringer*» bygger på at innklagede «*ofte får høre fra brukere*» at «*denne nettbanken*» – det vil si klagers nettbank – «*ikke har samme funksjonalitet som [valgte leverandørs] nettbank*».
- (56) Om valgte leverandørs nettbank skrev innklagede til sammenligning at denne «*det siste året har blitt testet mot de andre storbankenes nettbanker og ... kom meget godt ut*».
- (57) Klagenemnda vil ikke utelukke at oppdragsgiver, under et tildelingskriterium som gjelder brukervennlighet, vil kunne ha lov til å vektlegge egne eller andres tester. Forutsetningen er imidlertid som nevnt at dette gjøres til vurderingstema under det aktuelle tildelingskriteriet, og at selve vurderingen er etterprøvnbar. Slik saken er opplyst, er dette ikke tilfellet i vår sak.

- (58) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at evalueringen på dette punkt er i strid med prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i loven § 4.
- (59) Klager anfører for det andre at innklagede har brutt regelverket ved bedømmelsen av tildelingskriteriet B2. Klager peker i denne sammenheng på at innklagede har lagt avgjørende vekt på reduksjon av kontantbehandling i kommunen og at valgte leverandør hadde gitt et mer bindende tilbud.
- (60) Det fremgår av konkurransegrunnlaget under beskrivelsen av punkt B2 at oppdragsgiver ville «*effektivisere rutinene for administrering av inn- og utbetaling av kontanter*». Videre fremgår det at det «*[i] praksis dreier ... seg om at Oppdragsgiver ønsker å få redusert andelen kontantbetaling*».
- (61) I innstillingen skriver FINANSinnkjøp at de mener at valgte leverandør har gitt en «*bedre beskrivelse*» enn klager på hvordan de vil redusere behovet for kontanter i kommunen. Videre skriver FINANSinnkjøp at begge banker har gitt mangelfulle tilbud på kontanthåndtering gjennom tredjepart, men at valgte leverandør har gitt «*er mer bindende tilbud*» enn klager.
- (62) Når det gjelder formuleringen om at valgte leverandør har gitt en «*bedre beskrivelse*», har klagenemnda tidligere funnet at slike generelle karakteristikk i utgangspunktet ikke tilfredsstillende krav til begrunnelsen som følger av regelverket, fordi de ikke viser hvilke konkrete forhold eller egenskaper som var avgjørende for at den valgte leverandørens tilbud ble vurdert som bedre enn de øvrige tilbudene i konkurransen, se eksempelvis klagenemndas sak 2018/201, avsnitt 25, med videre henvisning til sak 2017/151, premiss 39 til 41.
- (63) I anledning klagesaken har innklagede utdypet at poengforskjellen delvis kunne forklares med at klagers løsning om å la kommunens ansatte frakte kontanter i klagers kontantsone, medfører en risiko for overfall. Valgte leverandør vil både bruke dropsafe og gjennomføre ECM-analyse for å redusere behovet for kontanter.
- (64) Slik klagenemnda forstår formuleringen om at valgte leverandør ga «*et mer bindende tilbud*», er poenget altså at tilbudet i større grad enn klagers tilbud svarer til innklagedes behov, slik dette fremgikk av konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver hadde som nevnt et uttalt mål om å redusere kontantbehandling, og dette fremgikk klart av konkurransegrunnlaget.
- (65) Klagenemnda kan ikke se at innklagede har gått utenfor de rettslige rammene for evalueringen av tilbudene ved å vektlegge disse forholdene. Klagers anførsel kan ikke føre frem.
- (66) Klager anfører videre at innklagede har brutt regelverket ved bedømmelsen av kriteriet B3.
- (67) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede her ville vurdere «*service, oppfølging og tilgjengelighet i det daglige*». Leverandørene ble blant annet bedt om å beskrive hvilket servicekonsept som ville bli tilbudt, herunder organisering, dimensjonering, lokalisering og tilgjengelighet.
- (68) Av innstillingen fra FINANSinnkjøp gikk det frem at klager og valgte leverandør tilbød «*relativt like servicekonsepter*». Det ble blant annet trukket frem at valgte leverandør

«har et mer kommunespesifikt kundesenter, mens Ørland sparebank har EIKA-gruppens kundesenter som kan ta de spørsmål som man ikke løser lokalt». I tilsvaret til klagenemnda har innklagede gjentatt at leverandørene tilbød «nokså like servicekonsepter» og at det «ikke var grunn til å trekke poeng for noen av bankene».

- (69) Klagers anførsler gir ikke klagenemnda grunnlag for å konstatere at innklagede med dette har gått utenfor de rettslige rammene for evalueringen av tilbudene. Klagers anførsel om brudd på regelverket, kan ikke føre frem.
- (70) Klager anfører også at innklagede har brutt regelverket ved bedømmelsen av tildelingskriteriet B4 da de har vektlagt at valgte leverandør har erfaring fra andre kommuner vedrørende CM-analyse, og at klager har beskrevet et begrenset omfang.
- (71) Det følger av konkurransegrunnlaget at kriteriet B4 ville bli vurdert på bakgrunn av «*Omfanget av en eventuell gratis CM-analyse/gjennomgang av Oppdragsgiver*». Leverandørene ble derfor bedt om å skissere «*hvordan en eventuell analyse tenkes gjennomført*», «*hvorvidt de løpende vil gjennomføre analyser/rådgivning*», og konkretisere «*antall timer og økonomisk ramme for eventuell analyse/rådgivning*». Leverandørene ble videre bedt om å «*dokumentere at de tidligere har gjennomført tilsvarende analyse/rådgivning for sammenlignbare kunder*».
- (72) I innstillingen til administrasjonen vektla FINANSinnkjøp at valgte leverandør tilbød ubegrenset analyse, og at klagers analyse var av begrenset omfang. Innklagede har utdypet at valgte leverandør har en bedre beskrivelse av en eventuell CM-analyse enn klager, og at valgte leverandør har vist til erfaring med analyse for både små og store kommuner.
- (73) Klagenemnda kan ikke se at innklagede med dette har gått utenfor de rettslige rammene for evalueringen av tilbudene. Klagers anførsel kan ikke føre frem.

Vedståelsesfristen

- (74) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å inngå kontrakt med valgte leverandør etter utløpet av vedståelsesfristen.
- (75) I konkurransegrunnlaget var vedståelsesfristen satt til 1. oktober 2019. Innklagede ba om at tilbyderne forlenget deres vedståelse i brev 27. november 2019, drøye to måneder etter fristen. Valgte leverandør og klager fastholdt begge tilbudene.
- (76) Forskriften del I inneholder ingen særskilte regler om vedståelsesfristen, herunder om eventuelle forlengelser av denne. Av forskriften del II § 8-15 (3) og del III § 26-3 (3) fremkommer det at en vedståelsesfrist som er utløpt bare kan forlenges «*innen rimelig tid*» etter utløpet av denne, og under forutsetning av at dette ikke fører til en «*vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud*». Vilkåret «*innen rimelig tid*» legger opp til en skjønnsmessig og konkret vurdering av situasjonen. Det er likevel i NOU 2010:2 på s. 165 flg. uttalt at en måned åpenbart er for sent. I klagenemndas sak 2016/144 premiss 11 flg. var det gått over to måneder siden vedståelsesfristen løp ut, og klagenemnda la da til grunn at det ikke var mulig å gjenopplive vedståelsesfristen. En slik situasjon, der vedståelsesfristen var utløpt uten at oppdragsgiver hadde sørget for at den ble forlenget eller kontrakt inngått, medførte at kravet til forutberegnelighet var brutt.

- (77) Forlengelse av vedståelsesfrist for del I anskaffelser, er ikke regulert. Adgangen til å forlenge vedståelsesfristen og fastholde tilbudene i anskaffelser som følger forskriften del I, kan imidlertid ikke være snevrere enn det som følger av disse bestemmelsene. Klagenemnda finner etter en konkret vurdering at innklagede ikke hadde adgang til å forlenge vedståelsesfristen med tilbyderne – nesten to måneder etter utløp av fristen – uten at dette brøt med kravet til forutberegnelighet. Siden kontrakten er inngått i denne konkurransen, er det ikke et alternativ for klagenemnda å vurdere hvorvidt konkurransen skulle vært avlyst.
- (78) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å inngå kontrakt etter utløpet av vedståelsesfristen, har etter dette ført frem.
- (79) Bruddene som klagenemnda har konstatert ovenfor, kan ikke ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig ikke grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Ørland kommune har brutt regelverket ved bedømmelsen av kriteriet B1.

Ørland kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 4 ved å ikke sørge for forlengelse av vedståelsesfristen før utløpet av vedståelsesfristen i tilbudene.

Klagers anførsel om brudd på regelverket ved omgjøring av tildelingsbeslutning, har ikke ført frem.

Klagers øvrige anførsler om brudd på regelverket ved evalueringen av tilbudene, har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk