



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
LOG AS
Nedre Kalbakkvei 88
1081 OSLO
Norge
Christian Sørum

Deres ref.:

Vår ref.: 2017/0138-11

Saksbehandler: Erik Gabrielsen

Dato: 26.04.2019

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Vi viser til deres klage av 20. september 2017 på Oslo kommunes kjøp av løk og knoller til kommunens park- og friområder. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune ved Bymiljøetaten (heretter innklagede) inviterte 31. august 2017 til en konkurranse for anskaffelse av løk og knoller til kommunens park- og friområder. Anskaffelsens verdi ble i invitasjonen angitt å være mellom 100 000 og 1,1 millioner kroner. Tilbudsfristen ble satt til 5. september 2017. Det fremgikk at innklagede ville inngå en avtale for levering av løk og knoller høsten 2017 og 2018, med opsjon på levering høsten 2019 – til sammen tre år.
- (2) Anskaffelsen ble gjennomført etter forskriften del I, og ble således ikke kunngjort. Invitasjonen til å delta i konkurransen ble sendt til fire tilbydere, herunder LOG AS (klager) og Norgro AS (valgte leverandør).
- (3) I et dokument kalt «Forenklet kontraktsstrategi» fremgikk det at innklagede estimerte prisen for anskaffelsen til ca. 250 000 kroner pr. år. Det fremgikk videre at:

«[...] Vi skifter sorter og arter etter hva som er designet pr år. Kontrakten vil bli på ca. denne summen pr år, men en leverandør kan bare garantere for denne summen for et år i og med at dette kjøpes på auksjon hver sensommer og at prisene varierer etter hvordan vinteren har vært. Dårlig vinter, det vil si kald og regnfull og de får en dårlig/mindre produksjon og prisene går opp. Mild vinter vil øke produksjonen og prisene faller. I og med at vi bare har bedt om 1 år av gangen før så har ikke dette vært et tema, men det kan bli det. Variasjonene har vært ca. innenfor 20 %. Dette vil allikevel ligge innenfor terskelen på 1,1 mill. for perioden inkl. opsjoner.»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (4) Av konkurransegrunnlaget gikk det frem at kontrakten ville bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på pris og kvalitet. Kriteriene ble angitt som uprioriterte. Det ble videre gitt følgende beskrivelse av kvalitetskriteriet:

«Med kvalitet menes leveringsdyktighet i forhold til beskrevet vare, herunder sort og løkstørrelse. Alternative og tilsvarende sorter vil kunne aksepteres, men vil regnes som dårligere kvalitet. Leveranse av løkstørrelse mindre enn det beskrevne vil kunne aksepteres, men vil regnes som dårligere kvalitet. Større størrelser enn beskrevet, vil bli ansett som en bedre kvalitet».

- (5) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte et prisskjema med liste over etterspurte arts- og sortsnavn, inkludert estimerte volumtall.

- (6) Av kontraktsvilkårene fremgikk følgende leveringsklausul:

«Levering skjer fritt levert til avtalt leveringssted [...]».

- (7) I kontraktsdokumentet sto det videre at *«Kontraktssummen inkluderer Leverandørens nødvendige utgifter i forbindelse med leveransen med mindre annet er avtalt nedenfor under pkt. 9.3».*

- (8) Innenfor tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra klager og valgte leverandør.

- (9) I valgte leverandørs tilbud var det gitt følgende forklaring på pris:

«Prisene er ex mva. Frakt fra Lier tilkommer».

- (10) Innklagede meddelte tilbyderne i brev 7. september 2017 at kontrakt var tildelt valgte leverandør. Det fremgikk om valgte leverandørs tilbud at:

«[...] Dette tilbudet er samlet sett det økonomiske mest fordelaktige for Bymiljøetaten basert på kriterier angitt i tilbudsforespørselen, selv om dette ikke var tilbudet med laveste pris. Tilbud med laveste pris hadde en stor andel avvik, og kvaliteten ble dermed vurdert til å være lavere enn beskrevet på grunn av utstrakt bruk av alternative sorter [...]».

- (11) Av anskaffelsesprotokollen fremgikk følgende begrunnelse for valg av leverandør:

«Det var meddelt i tilbudsinnbydelsen at vi kom til å velge det tilbudet som var mest økonomisk fordelaktig, basert på følgende uprioriterte kriterier: pris og kvalitet. Med kvalitet mentes da leveringsdyktighet i forhold til beskrevet vare, herunder sort og løkstørrelse. Alternative og tilsvarende sorter ble aksepteres, men ble regnet som en dårligere kvalitet. Større størrelser ble ansett som en bedre kvalitet. Det var ingen som tilbyrte større størrelser, så alle avvik fra listen ble et minus. Norgro AS hadde 11 avvik og LOG AS hadde 32. Det ble benyttet en poengskala fra 1 – 10, hvor hvert poeng telte 10 avvik – så Norgro AS fikk da 2 poeng og LOG AS fikk 4 poeng. På pris fikk Norgro AS 2 poeng for nest lavest pris og LOG AS fikk poengsum 1 for lavest pris. Den med lavest totalsum ville bli valgt som leverandør av løk og knoller. Denne gangen ble det Norgro AS som endte opp med 4 poeng og lavest totalt, mens LOG AS endte opp med 5».

- (12) Vedrørende lengden på avtalen inneholdt anskaffelsesprotokollen følgende informasjon:

«[...] Det var ønskelig å lage en rammeavtale på inntil 4 år, men har blitt endret til 2 år med 1 års opsjon. Opsjonen vil mest sannsynlig ikke bli utløst pga. prisøkningen. Vi så

oss nødt til å akseptere prisene denne gangen ellers så ville vi ikke få tak i løk for planting nå i høst og blomstring i 2018».

- (13) I anskaffelsesprotokollen ble det videre gitt oppdatert informasjon om anskaffelsens estimerte verdi:

«Oppdragets anslåtte verdi: var på kr. 250.000,- pr. år, men da tilbudene kom så har prisene økt mye pga. vanskelige dyrkingsforhold og annet, som gjør at det er vanskelig å få tak i løk. En annen hovedgrunn til at dette er blitt så mye dyrere er at vi også har bestilt hovedparten av Narcisser, som er dobbelt så dyrt som tulipaner, for 2017/18. Vi måtte prøve å få til et vekstskifte pga. angrep av fusarier/sopp, derfor endring til Narcisser som er 2-3 ganger dyrere. Vi har også bestilt ca. 50000 flere løk en tidligere. Anslått verdi er nå ca. kr. 546.000,- pr år».

- (14) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. september 2017.

Sekretariatets vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 6. I tillegg gjelder klagen en anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, hvor det ikke er krav om saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 13a. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av løk og knoller, som er en vareanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (16) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved beregningen av anskaffelsens verdi, og at anskaffelsen skulle ha vært kunngjort.
- (17) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som er foretatt uten forutgående kunngjøring, selv om det foreligger kunngjøringsplikt, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2017/33, premiss 17.
- (18) Av forskriften §§ 5-1 og 8-17, slik disse bestemmelsene lød på tidspunktet for innklagedes iverksettelse av konkurransen, går det frem at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre alle vareanskaffelser over 1,1 millioner kroner ekskl. mva.
- (19) Det følger av forskriften § 5-4 (1) at oppdragsgiver skal beregne kontraktens verdi på grunnlag av et anslag over den samlede betalingen ekskl. mva. Av § 5-4 (2) følger det videre at beregningen skal være *«forsvarlig»*. Vurderingen skal gjøres når oppdragsgiver innleder anskaffelsesprosessen.
- (20) Konkurransen om kjøp av løk og knoller ble gjennomført uten forutgående kunngjøring. Av invitasjonen til å delta i konkurransen, gikk det frem at anskaffelsen hadde en estimert verdi på mellom 100 000 og 1,1 millioner kroner ekskl. mva. Innklagede har forklart at det tidligere har blitt inngått årlige avtaler, hvor kontraktsummen har variert fra 192 000 i 2012 til 283 000 i 2016. Verdien på anskaffelsen ble fastsatt på bakgrunn av erfaringer og tidligere tilbudssummer. Basert på fjorårets vinnende tilbud ble anskaffelsen anslått til en verdi på ca. kr. 850 000. Som det fremgår av dokumentet kalt *«Forenklet kontraktsstrategi»*, ble det anslått at heller ikke normale sesongvariasjoner ville lede til overskridelse av terskelverdien på 1,1 MNOK.

- (21) De innkomne tilbudene lå dobbelt så høyt i pris som antatt. Den fremste årsaken til dette, og dermed årsaken til at anskaffelsen ble dyrere enn antatt, var et ekstremt dårlig løkår i Nederland, nærmere bestemt tørke. Sekretariatet kan ikke se at det – ut fra sakens dokumenter – er grunnlag for å hevde at dette er noe innklagede var eller burde ha vært kjent med.
- (22) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede gjorde et forsvarlig anslag av kontraktens verdi. Innklagede har for øvrig opplyst at man – som følge av den uventede prisstigningen – ikke vil utløse opsjonen på levering høsten 2019.
- (23) Basert på det ovenstående legger sekretariatet til grunn at anskaffelsen reguleres av forskriften del I. Klagers øvrige anførsler vil bli tatt stilling til med utgangspunkt i dette, jf. til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2016/16, premiss 30.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Klager viser i denne sammenheng til formuleringen i valgte leverandørs tilbud, om at «*Frakt fra Lier tilkommer*». Dette i motsetning til bestemmelser i anskaffelsesdokumentene om fri frakt.
- (25) Som konstatert ovenfor, reguleres anskaffelsen av forskriften del I. Avvisning av tilbud er ikke direkte regulert i denne delen av forskriften. Oppdragsgivers aksept av et tilbud vil imidlertid etter omstendighetene kunne være i strid med de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2018/184, premiss 13.
- (26) Av kontraktsvilkårene fremgikk det at levering skulle skje «*fritt*» til avtalt leveringssted, og videre at kontraktssummen skulle inkludere leverandørens «*nødvendige utgifter i forbindelse med leveransen*».
- (27) I valgte leverandørs tilbud sto det som nevnt at «*Frakt fra Lier tilkommer*». Tilbudet inneholdt således et avvik fra de nevnte kontraktsvilkårene.
- (28) Innklagede har forklart at man tok kontakt med valgte leverandør og avklarte at tilbudet var inkludert frakt. Overfor klagenemndas sekretariat har innklagede videre fremlagt en faktura fra valgte leverandør datert 27. oktober 2017, som viser at det ikke er fakturert for frakt.
- (29) Slik saken er opplyst, er det ikke grunn til å betvile at det fant sted en slik utveksling mellom innklagede og valgte leverandør som beskrevet, og at valgte leverandør etter dette uttrykkelig frafalt kravet om å ta betalt for frakt. Det er ikke anført, og heller ikke holdepunkter for, at valgte leverandørs tilbud inneholdt andre avvik.
- (30) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Ikke-prioriterte tildelingskriterier

- (31) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 8-11 ved ikke å angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge.

- (32) Etter forskriften del I gjelder det imidlertid ikke noe slikt krav, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2017/44, premiss 31. Klagers anførsel kan klart ikke føre frem.

Henvising til bestemte sorter av knoller og løk, og evalueringen av klagers tilbudte sorter.

- (33) I konkurransegrunnlaget etterspurte innklagede som nevnt spesifikke sortsnavn. I evalueringen ble det videre vurdert som negativt å tilby alternative sorter.
- (34) Klager anfører at var i strid med regelverket å etterspørre spesifikke sortsnavn uten å tilføye «*eller tilsvarende*».
- (35) Forskriften del I inneholder ingen regel tilsvarende den som fremgår av forskriften del III § 15-1 (4) og forskriften del II § 8-5 (3). Hvorvidt oppdragsgiver, i en anskaffelse som reguleres av forskriften del I, har brutt regelverket ved å vise til et bestemt merke eller lignende, må derfor avgjøres ut fra de grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling i loven § 4.
- (36) Når det gjelder kjøp av blomsterløk og blomsterknoller, er det naturlig å gå ut ifra at innklagede har behov for å konkretisere nærmere hvilke blomsterløk og blomsterknoller som er etterspurt. Det er mulig å se for seg at dette kan gjøres på forskjellige måter, men det å vise til bestemte sorter fremstår som en naturlig fremgangsmåte.
- (37) Konkurransegrunnlaget åpnet også uttrykkelig for at det kunne leveres alternative sorter, men dette ville da få negativ uttelling under tildelingskriteriet «*Kvalitet*». På denne bakgrunn kan det klart ikke anses som et brudd på regelverket at innklagede etterspurte spesifikke sortsnavn.
- (38) Det gjenstår da å ta stilling til klagers anførsler om at innklagede brøt regelverket ved evalueringen av tilbudene, ved å vektlegge forskjeller i navn i stedet for reelle forskjeller i egenskaper. Klager har i forbindelse med klagesaken fremlagt bilder av de ulike sortene som var etterspurt av innklagede, og de alternativene som ble tilbudt av klager.
- (39) Som fremhevet av klager, ser de alternative sortene mer eller mindre like ut som de etterspurte sortene. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig for å underkjenne innklagedes evaluering. Når det, som her, er tale om en anskaffelse som følger forskriften del I, må det antas at det tilligger oppdragsgiver et betydelig innkjøpsfaglig skjønn ved evalueringen av tilbudene. Hvorvidt evalueringen er i strid med regelverket vil i første rekke bero på hvorvidt tilbudene er evaluert i tråd med det tildelingskriteriet gir anvisning på.
- (40) Tildelingskriteriet «*Kvalitet*» anga nettopp at det var «*leveringsdyktighet i forhold til beskrevet vare, herunder sort og løkstørrelse*», som ville bli vurdert under dette kriteriet. Det fremgikk videre uttrykkelig at «*[a]lternative og tilsvarende sorter vil kunne aksepteres, men vil regnes som dårligere kvalitet*». På denne bakgrunn er det klart ikke grunnlag for å hevde at tilbudene er evaluert på en annen måte enn det tildelingskriteriet ga anvisning på.
- (41) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhenksom for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Jonn Sannes Ramsvik
Nestleder

Peter Aadland
Seniorrådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
LOG AS	Nedre Kalbakkvei 88	1081 OSLO Norge	Christian Sørum sorum@log.no

Kopi til:

Oslo kommune Utviklings- og kompetanseetaten	Postboks 6538 Etterstad	0606 OSLO Norge	Mari Rund Kværnhaug mari.kvarnhaug@uke.oslo.kommune.no
--	-------------------------	--------------------	---