



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Aksjonen Vern-Geitmyra – La skolehagen
leve (Vern-Geitmyra-aksjonen)
c/o Signe Kalsnes
Stockfletthsgate 50
0461 OSLO
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2020/0228-12

Saksbehandler: Henriette Steien

Dato: 31.07.2020

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 2. mars 2020 på anskaffelse etter konsesjonskontraktforskriften del I, for etablering av besøksdrivhus/undervisningsbygg i Geitmyra skolehage og konsept for bruk av skolehagen. 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 (heretter *innklagede*) kunngjorde 28. mai 2019 en konkurranse etter konsesjonskontraktforskriften del I, for etablering av besøksdrivhus/undervisningsbygg i Geitmyra skolehage og konsept for bruk av skolehagen. Anskaffelsens estimerte verdi var 6 millioner kroner. Tilbudsfristen var 1. august 2019.
- (2) I forkant av kunngjøringen, oversendte innklagede 7. mai 2019 en veiledende kunngjøring til om lag 80 mottakere som innklagede anså som «*aktuelle aktører/leverandører*».
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 2 fremgikk følgende under overskriften «*Konseptbeskrivelse/kravspesifikasjon*»:

«Kommunen ønsker seg konsepter som har en sosial og inkluderende profil og som henvender seg spesielt mot barn og unge. Konseptet bør knyttes opp mot urbant landbruk og / eller bærekraftig matproduksjon og det er ønskelig med helårsdrift eller konsepter som bidrar til å øke bruken av området på vinterstid. Det er ønskelig med aktivitet som supplerer den etablerte bruken av området og som aktiviserer inngangssonene. Det er

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

ønskelig med f.eks. kurs, allmenne publikumsarrangementer og evt. enklere servering. Det åpnes ikke for private tilstelninger som f.eks. fester og lukkede arrangementer.

Konseptet bør tilrettelegge for aktiviteter som for eksempel:

- undervisning og formidling*
- aktiviteter for ulike grupper (som barnehager, aktivitetsskoler, sommerskole og tilsvarende)*
- kurs i formidling av urbant landbruk*
- arbeidstrening, rehabilitering og lignende*
- generasjonsmøter*

Området er i dag i utstrakt bruk av ulike aktører. Utdanningsetaten (UDE) ved Oslo kommunale skolehager drifter et tilbud for Osloskolen med base på Geitmyra, og driver med produksjon av planter og tilrettelegging for skolehagedrift for skoler i hele byen. Flere skoler, barnehager og organisasjoner driver egne parseller på Geitmyra og skolehagleder tilrettelegger for disse. Det er mange åpne arrangementer, som f.eks Bønder i Byen-festivalen og Geitmyradagen. Mange bruker også skolehagen som tur- og rekreasjonsområde.

Det åpnes for enklere terrengbearbeiding og ny opparbeidelse av utearealer, samt istandsetting av eksisterende bygning til ny midlertidig bruk. Det kan oppføres mindre bygninger og andre installasjoner av midlertidig karakter, forutsatt at det har en god stedstilpassing og at det gis dispensasjon fra regulering og midlertidig tillatelse/byggetillatelse til tiltaket av Plan- og bygningsetaten. Vinner(e) av konkurransen er ansvarlig(e) for nødvendige tillatelser. Det er ikke en forutsetning at disse er hentet inn i forkant av tilbudsfristen. Hvis konseptet medfører bygge- og anleggsarbeider vil byggherreansvaret, med medfølgende ansvar for sikkerhet, helse og arbeidsmiljø, ligge hos tilbyder.

Tilbyder må ha nødvendige tillatelser for drift for aktiviteten som tilbys. Dyrking skal drives uten bruk av kjemiske plantevernmidler og kunstgjødsel. Det er ønskelig at virksomheten drives etter kretsløpsprinsipper der avfall brukes som ressurs.

Det er ønskelig å bevare Geitmyra som et fotgjengerområde. Varelevering/kjøring skal begrenses, og tillates kun på de minst travle tidene på dagen og etter avtale med skolehageleder.

Det vil kun være mulig for tilbydere å gi tilbud på et konsept knyttet opp mot ett av arealene i vedlagt kart. Dersom tilbyder ønsker et spesifikt areal må det informeres om. Hvis tilbyder har et konsept som kan fungere på flere av arealene, bes det om at tilbyder setter opp en prioritert liste, slik at det kan tas med i vurderingen hvis flere tilbydere har konsepter knyttet opp mot samme areal.

Tomt(ene) skal tilbakeføres til sin opprinnelige stand/ avtalt tilstand etter avtaleslutt, hvis ikke BYM ønsker at tilstanden skal opprettholdes. Dersom BYM ønsker at tilstanden skal opprettholdes må vilkårene knyttet til dette avklares nærmere mellom leverandør og BYM.»

(4) Kvalifikasjonskravene for konkurransen fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 9:

*«• Vise til erfaring innenfor dyrking eller bærekraftig matproduksjon
eller*

• Vise til drift av aktivitetstilbud rettet mot barn og unge eller med en sosial profil»

(5) Oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene skulle dokumenteres på følgende måte:

- *Beskrivelse av aktørens konsept for å svare på konkurransen*
- *CV og/eller referanseprosjekter som viser at kvalifikasjonskrav er oppfylt*
- *Dersom det er fysiske elementer i løsningen skal det leveres en enkel skisse av hvordan konseptet skal se ut.*
- *Evt. prioritert liste over ønsket areal»*

(6) Av konkurransegrunnlaget punkt 11 fremgikk følgende om «*Evaluering av tilbud/tildelingskriterier*»:

«Tildeling vil skje i samarbeid mellom Bymiljøetaten og Utdanningsetaten.

Kontraktene vil tildeles ut fra en helhetlig skjønnsmessig vurdering av:

- *hvor godt konseptet tilfredsstiller konseptbeskrivelsen/kravspesifikasjonen (se punkt 2)*
- *prosjektets stedstilpasning og hvordan stedets natur- og kulturhistoriske kvaliteter ivaretas*

Det er ønskelig med bredde i aktivitetstilbudet og ved tildeling av flere kontrakter vil det også vektles variasjon mellom tilbyderne.»

(7) Den 24. juni 2019 ble tilbudsfristen forlenget til 2. september 2019.

(8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud, herunder fra Geitmyra matkultursenter for barn og Den grønne spiren. Den grønne spirens tilbud ble levert for seint, og ble derfor avvist i brev datert 18. desember 2019.

(9) Av anskaffelsesprotokollen datert 8. januar 2020, fremgikk det at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Geitmyra matkultursenter for barn (heretter *valgte leverandør*).

(10) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 16. januar 2020.

(11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 2. mars 2020.

Sekretariatets vurdering:

- (12) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse etter konsesjonskontraktforskriften del I, for etablering av besøksdrivhus/undervisningsbygg i Geitmyra skolehage og konsept for bruk av skolehagen, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi er 6 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73, følger anskaffelsen forskrift om konsesjonskontrakter 12. august 2016. nr. 976 (konsesjonskontraktforskriften) del I.
- (13) Innklagede har innvendt at klagen må avvises fordi klager ikke har deltatt i konkurransen, og dermed mangler saklig klageinteresse.
- (14) Det følger av klagenemndforskriften § 6 at en klage til klagenemnda for offentlige anskaffelser kan fremsettes «*av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlattelse, handling eller beslutning*» som er foretatt etter anskaffelsesloven eller forskriften gitt med hjemmel i denne.
- (15) I denne saken har ikke klager deltatt i konkurransen. En organisasjon kan likevel ha saklig klageinteresse dersom den har sterk nok tilknytning til anskaffelsen, jf. for eksempel klagenemndas avgjørelse i sak 2010/12 og 2013/61. Det kan stilles spørsmål ved om den konkrete tilknytningen mellom klagers organisasjon og anskaffelsen i denne saken er tilstrekkelig til å konstatere at klager har saklig klageinteresse. Sekretariatet finner imidlertid ikke grunn til å ta endelig stilling til dette, ettersom sekretariatet uansett har funnet at klagen må avvises fordi klagers materielle anførsler klart ikke kan føre frem.
- (16) Klager bemerker for det første at det har vært politiske uenigheter mellom kommunen og brukerne av hagen knyttet til selve bruken av hagen og hvorvidt bruken av hagen og etableringen av undervisningsbygg/konsept burde konkurranseutsettes.
- (17) Til dette bemerker sekretariatet at klagenemnda skal uttale seg om det er begått brudd på anskaffelsesloven og forskrifter gitt med hjemmel i denne, jf. klagenemndsforskriften § 12 andre ledd. Anskaffelsesregelverket fastsetter prosedyreregler som oppdragsgivere må følge ved gjennomføringen av en offentlig anskaffelse. Regelverket gjelder altså hvordan anskaffelsesprosedyren skal gjennomføres, og omfatter ikke beslutningen om at det skal gjennomføres en anskaffelse, eller hva som skal anskaffes. Dersom klager har ment å fremsette anførsler knyttet til hvorvidt anskaffelsen burde konkurranseutsettes og de politiske beslutningene og prosessene i relasjon til dette, kan disse anførselene derfor klart ikke føre frem.
- (18) Klager har videre anført at det ikke har vært en reell konkurranse om kontrakten, og at konkurransen har vært utformet slik at valgte leverandør skulle vinne. Klager har i denne sammenheng anført at valgte leverandør har oppnådd en urimelig konkurransefordel ved å påvirke utformingen av konkurransegrunnlaget, og derfor skulle ha vært avvist.
- (19) Spørsmålet om utforming av konkurransegrunnlag, utjevning av eventuelle konkurransefordeler og ivaretagelse av hensynet til konkurranse og likebehandling, er ikke regulert i konsesjonskontraktforskriften del I. Det rettslige utgangspunktet må derfor tas i anskaffelsesloven § 4. Av bestemmelsen fremgår det at oppdragsgiver skal sikre at tilbyderne behandles likt i anskaffelsesprosessen. Prinsippet om likebehandling innebærer blant annet at oppdragsgiver plikter å sikre at samtlige tilbydere får den samme informasjonen om anskaffelsen, og dermed settes i stand til å inngi tilbud på de samme premissene.

- (20) I konkurransegrunnlaget er det gitt en grundig beskrivelse av kommunens behov og bakgrunn for anskaffelsen. Slik sekretariatet leser konkurransegrunnlaget, er tilbyderne gitt anledning til å levere tilbud med ulike tilnærminger til konseptet. Konkurransegrunnlaget inneholder ingen henvisninger til en konkret leverandør, varemerke, konsept eller gjennomføringsmåte. Det er videre stilt to alternative kvalifikasjonskrav, som etter sekretariats oppfatning er egnet til å legge til rette for en bred deltakelse i konkurransen. Det var også presisert i konkurransegrunnlaget at *«alle organisasjonsformer kan levere tilbud i konkurransen»*. Videre var den veiledende kunngjøringen sendt til flere interessenter og brukere av hagen, med forespørsel om å gi tilbakemeldinger til konkurransen eller å inngi tilbud. Sekretariatet har på denne bakgrunn ikke holdepunkter for at konkurransegrunnlaget er utformet på en konkurransebegrensende måte.
- (21) Vedrørende klagers anførsel om at valgte leverandør har oppnådd en urimelig konkurransefordel ved å ha påvirket utformingen av konkurransegrunnlaget, har innklagede forklart at valgte leverandør ikke har deltatt i prosessen med å utforme konseptkonkurransen og vilkårene for denne. Valgte leverandør har imidlertid i en tidlig fase kommet med forslag til hvordan området i Geitmyra skolehager kan benyttes. Sekretariatet har ikke holdepunkter for at valgte leverandør har vært involvert i prosessen på en måte som medfører et brudd på likebehandlingsprinsippet.
- (22) Klager har videre vist til at de fleste aktørene i skolehagen på tidspunktet for konkurranseutlysningen var privatpersoner og frivillige, som ikke ville ha tid eller ressurser til å levere tilbud på de premissene som er fastsatt i konkurransegrunnlaget. Klager mener derfor at det bare var valgte leverandør, en privat stiftelse, som i realiteten hadde mulighet til å levere tilbud.
- (23) Sekretariatet forstår at klager og flere av dagens aktører i skolehagen arbeider på frivillig basis, og dermed ikke har mulighet til å levere tilbud på lik linje som en profesjonell aktør. Som nevnt innledningsvis, omfatter imidlertid ikke anskaffelsesregelverket en offentlig oppdragsgivers valg om å konkurranseutsette sitt behov for en tjeneste. En slik beslutning vil kunne innebære at en privat, profesjonell tilbyder vil overta noe av aktiviteten på kommunens eiendom. Det faktum at det ville være vanskelig for en privatperson å levere et tilbud som svarer til konkurransegrunnlagets krav, utgjør imidlertid ikke et brudd på regelverket.
- (24) Klager har også anført at anskaffelsen er i strid med regelverket fordi tilbudsfristen løp over fellesferien om sommeren. Klager mener at dette begrenset konkurransen. Konesjonskontraktforskriften del I inneholder ingen bestemmelser om tilbudsfrist. I foreliggende sak løp tilbudsfristen fra 28. mai til 2. september. Dette utgjør over tre måneder. Sekretariatet kan ikke se at tilbudsfristens lengde eller starttidspunkt utgjør et brudd på regelverket. Klagers anførsel kan derfor klart ikke føre frem.
- (25) Klager har også fremsatt anførsler knyttet til manglende innsyn i diverse dokumenter knyttet til selve anskaffelsen og den politiske prosessen ved anskaffelsen hos kommunen. Riktig klageinstans for slike spørsmål er Fylkesmannen, og anførselene skal derfor avvises, jf. klagenemnsforskriften § 9.
- (26) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 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.

Line Rakner
Seniorrådgiver

Henriette Steien
førstekonsulent

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker

Aksjonen Vern-Geitmyra – La
skolehagen leve (Vern-Geitmyra-
aksjonen)

Postadresse

c/o Signe
KalsnesStockflehsgate
50

Poststed

0461 OSLO
Norge

Kontakt/e-post

signe.kalsnes@nmh.no

Kopi til:

Oslo kommune Utviklings- og
kompetanseetaten

Postboks 6538 Etterstad 0606 OSLO
Norge

Mari Rund Kværnhaug
mari.kvarnhaug@uke.osl
o.kommune.no