

Ákvörðun kæruneftndar útboðsmála 29. október 2020

í máli nr. 41/2020B:

Reykjafell ehf.

gegn

Reykjavíkurborg,

Vegagerðinni og

Smith og Norland hf.

Endurupptökubeiðni hafnað.

Útdráttur

Hafnað var kröfu um að ákvörðun kæruneftndar útboðsmála í máli nr. 41/2020 frá 1. október 2020 yrði endurupptekin.

Með bréfi 20. október 2020 krafðist Reykjafell ehf. endurupptöku ákvörðunar kæruneftndar útboðsmála frá 1. október 2020 í máli nr. 41/2020. Varnaraðili Reykjavíkurborg sendi inn athugasemdir sínar vegna endurupptökubeiðninnar 23. október 2020 og lagðist gegn endurupptöku ákvörðunarinnar. Af hálfu Smith og Norland hf. var jafnframt lagst gegn endurupptöku ákvörðunarinnar með bréfi 23. október 2020. Varnaraðili Vegagerðin hefur ekki komið á framfæri athugasemdum vegna endurupptökubeiðninnar.

I

Varnaraðilar gerðu tvo samninga sem dagsettir eru 9. júlí 2020, en óundirritaðir, við Smith & Norland hf., annars vegar vegna innleiðingar á nýjum hugbúnaði vegna miðlægrar stýringar umferðarljósa og hins vegar um kaup á vélbúnaði og þjónustu vegna uppfærslu á miðlægrri stýringu umferðarljósa.

Hinn 14. október 2019 auglýsti varnaraðili Reykjavíkurborg rammasamningsútboð á Evrópska efnahagssvæðinu nr. 14356 auðkennt „Rammasamningur um stýribúnað umferðarljósa“. Hinn 5. desember 2019 samþykkti innkauparáð varnaraðila Reykjavíkurborgar erindi Umhverfis- og skipulagssviðs um að taka tilboðs í því útboði yrði dregin til baka þar sem ákveðið hefði verið að fella útboðið niður og áformað væri að bjóða verkefnið út að nýju, í kjölfar kæru endurupptökubeiðanda til kæruneftndar útboðsmála í máli nr. 32/2019, sem er til meðferðar hjá kæruneftndinni. Með tölvubréfi varnaraðila Reykjavíkurborgar til bjóðenda 6. desember 2019 var upplýst að öllum tilboðum hefði verið hafnað þar sem komið hefði í ljós að ekki hefði verið gætt að ákvæðum laga nr. 120/2016 um opinber innkaup við ákvörðun tilboðsfresta. Tilboðsfresturinn hafi miðast við birtingu auglýsingar útboðsins á vef

Reykjavíkurborgar og á utboðsvefur.is þann 11. október 2019, en hefði átt að miðast við birtingu auglýsingar í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins 15. október 2019. Því hefði opnun tilboða átt að fara fram 15. nóvember 2019 en ekki 11. nóvember 2019.

Hinn 18. ágúst 2020 auglýstu varnaraðilar útboð nr. 14943 auðkennt „Endurnýjun MP stýrikassa“ og var það meðal annars gert í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins. Í grein 2.1.1 í útboðsgögnum var fjallað um þær kröfur sem gerðar voru til boðinna vara. Þar sagði meðal annars að boðnir stýrikassar skyldu geta „tengst miðlægri stýritölvu umferðarljósa (MSU) án vandkvæða yfir OCIT-O 2 eða CANTO 1.3“. Þar sagði jafnframt að þar sem stýrikerfið Motion væri í virkni eða fyrirhugað skyldi vera hægt að „tengja stýrikerfið við samsvarandi kerfi í MSU“. Í grein 2.1.2.1 í útboðsgögnum voru útlistaðar þær almennu kröfur sem gerðar voru til stýrikassa. Þar sagði meðal annars að búnaður stýrikassa skyldi innihalda þau stýriforrit sem kaupandi óskaði eftir hverju sinni. Búnaðurinn sem fylgja skyldi yrði að innihalda tengiviðmót við Sitraffic CANTO 1.3 og möguleika á breytingum með tengingu við OCIT-O 2. Sendibúnaðar til að tengjast við miðlæga stýritölvu umferðarljósa skyldi og fylgja. Þar sagði jafnframt að þegar veita skyldi strætó/neyðarbílum forgang á ljósum þá yrði notast við Sitraffic STREAM. Stýrikassinn skyldi þar af leiðandi vera fær um að taka við R.09 skeytum í gegnum Sitraffic CANTO 1.3. Notagildi og hlutverk kerfisviðmótsins Sitraffic CANTO 1.3 skyldi nýta til fullnustu samkvæmt ábyrgð verkkaupa og skyldi hann sýna fram á að svo væri. Í grein 2.1.2.11 í útboðsgögnum var að finna kröfur til miðlunar en þar sagði meðal annars að stýritæki yrðu að bjóða upp á tilgreinda miðlunarmöguleika, þ. á m. fjarstýringu frá miðstöð um Sitraffic CANTO 1.3. Tekið var fram að forritið mætti endurbæta með OCIT-O 2.

Tilboðsfrestur í hinu kærða útboði var til 22. september 2020 og ráðgert var að opna tilboð samdægurs. Tilboð skyldu gilda í átta vikur frá opunardegi þeirra.

Samkvæmt fyrirliggjandi gögnum voru tilboð í hinu kærða útboði opnuð 13. október 2020 og barst eitt tilboð frá Smith og Norland hf. Samkvæmt upplýsingum frá varnaraðila Reykjavíkurborg liggur ekki fyrir ákvörðun um val á tilboði í hinu kærða útboði.

II

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 7. september 2020 kærði endurupptökubeiðandi hið kærða útboð. Endurupptökubeiðandi krafðist stöðvunar innkaupaferlisins um stundarsakir. Þá krafðist endurupptökubeiðandi þess aðallega að hið kærða útboð yrði fellt úr gildi og að lagt yrði fyrir varnaraðila að bjóða að nýju út innkaup á stýribúnaði umferðarljósa. Hið nýja útboð skyldi „lút[a] að stýribúnaði í heild sinni og [vera] án skilyrða um tæknilega eiginleika og búnað frá einum framleiðanda (t.d. miðlægum

stýribúnaði, forgangskerfi og kerfunum Sitraffic, STREAM og MOTION frá Siemens) og annarra skilyrða sem [leiddu] til þess að einungis eitt fyrirtæki [gæti] í raun boðið í alla hluta útboðsins“. Til vara krafðist endurupptökubeiðandi þess að hið kærða útboð yrði felld úr gildi og að lagt yrði fyrir varnaraðila að bjóða að nýju út innkaup á stýribúnaði umferðarljósa. Til þrautavara krafðist endurupptökubeiðandi þess að öll skilyrði útboðsins sem beindust að tækni og búnaði frá einum framleiðanda, t.d. tengingu við miðlægan stýribúnað, forgangskerfi og kerfunum Sitraffic, STREAM og MOTION frá Siemens, yrðu felld úr útboðsskilmálum. Endurupptökubeiðandi krafðist þess í öllum tilvikum að kærufélag útboðsmála léti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart endurupptökubeiðanda og að varnaraðilar greiddu málskostnað endurupptökubeiðanda.

Varnaraðili Reykjavíkurborg krafðist þess í athugasemdum 14. september 2020 að stöðvunarkröfu endurupptökubeiðanda yrði hafnað. Í tölvubréfi frá varnaraðila Vegagerðinni 24. september 2020 sagði að hann tæki undir athugasemdir varnaraðila Reykjavíkurborgar, en áskildi sér rétt til þess að leggja greinargerð fram í málinu við síðara tímamark yrði tilefni til þess. Smith & Norland hf. var gefið færi á að skila inn athugasemdum en þær bárust ekki.

Endurupptökubeiðandi byggði á því við meðferð málsins hjá nefndinni að varnaraðilar hefðu ákveðið fyrir fram að kaupa vörur af Smith & Norland ehf. áður en stofnað hafði verið til hins kærða útboðs. Þannig hefðu varnaraðilar keypt lítinn hluta af búnaði við stýringu umferðarljósa beint af Smith & Norland hf. sumarið 2019 án útboðs, í trássi við lagaskyldu. Jafnframt hafi virst sem að varnaraðilar hefðu keypt forgangskerfi frá Siemens, sem Smith & Norland hf. hafði umboð fyrir, án útboðs. Útboðsgögn og valforsendur hefðu verið sniðnar að þeim vörum sem Smith & Norland hf. biði upp á þannig að allir aðrir bjóðendur hefðu í raun verið útilokaðir frá raunhæfri þátttöku í hinu kærða útboði. Í því samhengi hafi þurft að líta til þess að kerfin CANTO og MOTION, sem útboðsgögn áskildu að boðinn búnaður skyldi geta tengst, hefðu verið frá Siemens. Sömu sögu hefði verið að segja um tengiviðmót við Sitraffic CANTO 1.3 og Sitraffic STREAM, en þau kerfi hefðu verið framleidd af Siemens. Engin þörf hefði verið á því að gera slíkar kröfur til boðinna vara auk þess sem sú staða hefði þá einvörðungu verið uppi vegna þess að varnaraðilar höfðu keypt hluta heildarkerfisins beint af Siemens án útboða. Háttsemi varnaraðila hefði farið í bága við grundvallarreglu útboðsréttar um jafnræði bjóðenda, sbr. 1. mgr. 1. gr. og 15. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Jafnframt hefði tæknilýsing útboðsgagna verið í andstöðu við 3. og 4. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016 þar sem hún leiddi til ómálefnaðra hindrana á samkeppni. Óheimilt hefði verið að gera kröfur í útboðsgögnum um að vörur væru af tilteknu vörumerki eða gætu tengst slíkum vörum. Ef vísað væri til staðla eða tækniforskrifta skyldi ávallt fylgja orðalagið „eða

jafngildur“, en engin slík ákvæði hefði verið að finna í útboðsgögnum og hefðu þau því verið í andstöðu við 5. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016.

Varnaraðilar byggðu á því að kærufrestur kynni að vera liðinn þar sem endurupptökubeiðandi hefði nálgast útboðsgögn 18. ágúst 2020 en kæra hefði ekki borist kærunefnd útboðsmála fyrr en 7. september sama ár. Það hefði þurft að skoða í ljósi þess að kæran byggðist að mestu leyti á sömu röksemdum og fram komu í kæru endurupptökubeiðanda í kærumáli nr. 32/2019. Bein samningskaup varnaraðila sumarið 2019 um uppfærslu á hugbúnaði og vélbúnaði honum tengdum hefðu verið heimil þar sem 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 hafi á þeim tíma ekki gilt gagnvart sveitarfélögum, sbr. 4. mgr. 123. gr. sömu laga, auk þess sem kaupin hefðu verið í samræmi við ákvæði b. liðar 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016. Að auki hefðu varnaraðilar haft heimild til þess samkvæmt útboðsgögnum útboðs nr. 10603, sem fór fram árið 2005, til þess að gera breytingar á samningi aðila, meðal annars hvað varðaði MOTION-stýringu. Heimild til umræddra samningskaupa hefði og verið að finna í e. lið 1. mgr. 20. gr. laga nr. 94/2001 um opinber innkaup. Að auki hefðu samningskaupin verið undir viðmiðunarfjárhæðum fyrir útboðsskyldu fyrir vörusamninga samkvæmt þágildandi reglugerð nr. 178/2018 um auglýsingu innkaupa á útboðsvef, viðmiðunarfjárhæðir vegna opinberra innkaupa og innkaup samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) um opinber innkaup. Stýritölva umferðarljósa hefði verið í einkaeigu varnaraðila og sá búnaður sem keyptur hafði verið sumarið 2019 hefði verið hluti af reglubundinni og nauðsynlegri uppfærslu hennar í samræmi við þjónustusamning. Samningskaupin hefðu engu breytt hvað varðar kröfur til þeirra stýrikassa sem hið kærða útboð laut að. Stýrikerfi umferðarljósa hefði verið keypt eftir útboð árið 2005 og hefði verið uppfært og endurnýjað í gegnum árin en samskiptastaðallinn sem stuðst hafði verið við hefði verið óbreyttur, þ.e. OCIT og/eða CANTO. Um hefði verið að ræða kerfi sem fleiri fyrirtæki en Smith og Norland hf. hefðu getað tengst, þ. á m. búnaður frá framleiðandanum Swarco sem endurupptökubeiðandi hafði lýst yfir að hann byði upp á í kæru sinni. Þekkt hefði verið í evrópskum borgum, svo sem í sambandslandinu Tírol í Austurríki, að notast væri við Sitraffic Scala stýritölvu sem stýrikassar frá mismunandi framleiðendum gætu átt samskipti við. Samskiptastaðallinn OCIT væri opin og þótt samskiptastaðallinn CANTO hafi stafað frá Siemens þá hefði kerfið stutt við tengingar við stýribúnað umferðarljósa frá öðrum framleiðendum. Þá hefðu samskiptastaðlarnir verið öllum aðgengilegir. Enginn möguleiki hefði verið fyrir varnaraðila að gera kröfu um aðra samskiptastaðla þar sem þeir hefðu verið forsenda þess að upplýsingar færu réttilega inn í miðlægt stýrikerfi umferðarljósa. Ef einungis einn framleiðandi hefði boðið fram stýrikassa og búnað umferðarljósa sem hefðu

umrædda samskiptastaðla þá hefði verið fyrir hendi heimild til þess að viðhafa bein kaup í skilningi b. liðar 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016.

III

Kærunefnd útboðsmála tók ákvörðun í máli nr. 41/2010 hinn 1. október 2020 þar sem kröfu endurupptökubeiðanda um stöðvun hins kærða útboðs um stundarsakir var hafnað.

Í forsendum ákvörðunar kærunefndar útboðsmála kom meðal annars fram að kæra endurupptökubeiðanda hefði verið borin undir nefndina innan kærufrests samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Nefndin taldi að af ákvæðum útboðsgagna hins kærða útboðs hefði mátt ráða að gerðar hefðu verið tiltekna kröfur til þeirra stýrikassa umferðarljósa, sem hið kærða útboð varðaði, þannig að þeir gætu átt í samskiptum við stýritölvu sem sæi um miðlæga stýringu umferðarljósa í Reykjavík. Hið kærða útboð hefði þannig ekki lotið að kaupum á stýritölvu heldur stýrikössum sem komið væri fyrir á hinum ýmsu götum borgarinnar. Taldi nefndin að ráða mætti af þeim gögnum sem lágu fyrir að stýritölvun, sem var í eigu varnaraðila, hefði verið keypt í kjölfar útboðs árið 2005, en að uppfærsla á henni hefði farið fram með reglubundnu millibili síðan þá. Eins og málið lá fyrir yrði ekki ráðið að þær kröfur sem gerðar voru í útboðsgögnum til boðinna stýrikassa hefðu verið þess eðlis að aðrir bjóðendur en Smith og Norland hf. hefðu ekki getað uppfyllt þær, meðal annars í ljósi þess að í greinum 2.1.1, 2.1.2.1 og 2.1.2.11 í útboðsgögnum hefði verið vísað til opna samskiptastaðalsins OCIT sem hefði mátt nýta til þess að tryggja upplýsingaflæði milli stýrikassa og stýritölvu. Að sama skapi yrði ekki ráðið, að virtum þeim gögnum sem lágu fyrir nefndinni, að samningar 9. júlí 2019 milli varnaraðila og Smith & Norland hf. hefðu haft áhrif á þær tæknilegu kröfur sem gerðar höfðu verið í hinu kærða útboði. Taldi kærunefndin, og eins og málið lá fyrir, að ekki hefðu verið leiddar verulegar líkur að broti gegn lögum nr. 120/2016 við framkvæmd útboðsins sem gætu leitt til ógildingar ákvörðunar eða annarra athafna varnaraðila, sbr. 1. mgr. 110. gr. laga nr. 120/2016. Var því kröfu endurupptökubeiðanda um að hið kærða útboð yrði stöðvað um stundarsakir þar til endanlega hefði verið leyst úr kærinni hafnað.

IV

Endurupptökubeiðandi byggir endurupptökubeiðni sína á því að ákvörðun kærunefndar útboðsmála 1. október 2020 hafi verið byggð á ófullnægjandi eða röngum upplýsingum um málsatvik, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 24. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Kærunefnd útboðsmála hafi ranglega komist að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið sýnt fram á að skilmálar hins kærða útboðs hefðu verið sniðnir að einum bjóðanda, Smith og Norland hf. Í kjölfar ákvörðunarinnar

hafi komið í ljós þrjú atriði sem sýni fram á það að enginn annar en Smith og Norland hf. gat tekið þátt í hinu kærða útboði. Í fyrsta lagi liggja fyrir staðfesting frá öðrum framleiðanda sambærilegs búnaðar, Cross Zlin, þar sem fram komi að kerfið sem útboðsgögnin geri að óundanþægu skilyrði sé þess eðlis að enginn búnaður geti tengst því nema vörur frá Siemens. Í öðru lagi hafi einungis eitt fyrirtæki skilað tilboði í hinu kærða útboð, þ.e. Smith og Norland hf., sem bjóði vörur frá Siemens. Í þriðja lagi hafi tilboð Smith og Norland hf. verið nánast nákvæmlega jafnhátt og kostnaðaráætlun varnaraðila, þ.e. 99% af áætluninni. Bendi þetta til þess að kostnaðaráætlunin hafi miðast við vörur og tilboð Siemens. Að auki ítrekar endurupptökubeiðandi fyrri málatilbúnað sinn í málinu.

Í athugasemdum varnaraðila Reykjavíkurborgar segir að skilyrði fyrir endurupptöku séu ekki til staðar. Framlögð yfirlýsing Cross Zlin feli ekki í sér staðfestingu þess að enginn annar búnaður en frá Siemens geti fullnægt skilyrðum útboðsgagna hins kærða útboðs. Að auki hafi umrædd yfirlýsing enga þýðingu í málinu og hafi umrætt félag ekki beint neinum fyrirspurnum til varnaraðila á meðan hið kærða útboð stóð yfir. Jafnframt geti það ekki veitt endurupptökubeiðanda sterkari stöðu í málinu að hafa ekki skilað inn tilboðum í hinu kærða útboði, en fyrir liggja upplýsingar í málinu um að búnaður frá Swarco geti tengst sams konar miðlægu stýrikerfi og sé í eigu varnaraðila. Kostnaðaráætlun varnaraðila hafi verið gerð í samræmi við lög nr. 120/2016 og hafi hún ekki með nokkrum hætti tekið mið af vörum frá Siemens.

Í athugasemdum Smith og Norland hf. er byggt á því að skilyrði fyrir endurupptöku séu ekki til staðar. Ódagsett yfirlýsing tékkneska fyrirtækisins Cross Zlin hafi ekki nokkra þýðingu í málinu enda beri hún ekki með sér hvert tilefni hennar hafi verið. Engar upplýsingar liggja fyrir um útgefanda yfirlýsingarinnar og hvort hann hafi ætlað sér að taka þátt í hinu kærða útboði. Að auki sé ekki fyrir hendi lagaheimild til stöðvunar útboðsferlis þegar einn aðili leggja fram tilboð í opinberu útboði. Jafnframt mótmælir félagið því sem það telur vera dylgjur í málatilbúnaði endurupptökubeiðanda um að varnaraðilar og Smith og Norland hf. hafi átt með sér samráð um tilboðsverð.

V

Ákvæði 108. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup fjallar um meðferð mála hjá kærunefnd útboðsmála. Samkvæmt 7. mgr. 108. gr. laganna gilda stjórnslulög nr. 37/1993 um meðferð kærúmála að öðru leyti en kveðið er á um í lögum nr. 120/2016. Um endurupptöku mála fyrir kærunefnd útboðsmála fer því eftir 24. gr. laga nr. 37/1993. Samkvæmt 1. tölul. 1. mgr. greinarinnar á aðili máls rétt á því að mál sé tekið til meðferðar á ný, eftir að stjórnvald hefur

tekið ákvörðun, ef ákvörðun hefur byggst á ófullnægjandi eða röngum upplýsingum um málsatvik.

Eins og rakið hefur verið þá er krafist endurupptöku ákvörðunar kærunefndar útboðsmála frá 1. október 2020 þar sem kröfu endurupptökubeiðanda um stöðvun hins kærða útboðs um stundarsakir var hafnað. Ákvörðun af umræddum toga er í eðli sínu til bráðabirgða meðan mál sætir efnislegri meðferð fyrir nefndinni og skal málsmeðferð vegna slíkra ákvarðana vera hröð, sbr. 2. mgr. 110. gr. laga nr. 120/2016. Í 4. mgr. 110. gr. laga nr. 120/2016 segir að synjun kröfu um stöðvun um stundarsakir hafi ekki áhrif á aðrar kröfur sem kærandi kann að hafa uppi vegna innkaupa. Ekki liggur fyrir endanlegur úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 41/2020.

Þótt ákvörðun kærunefndar útboðsmála, þar sem tekin er afstaða til kröfu um stöðvun útboðs um stundarsakir, sé í eðli sínu til bráðabirgða meðan mál sætir efnislegri úrlausn, verður að líta svo á að heimilt sé að æskja endurupptöku hennar samkvæmt 24. gr. laga nr. 37/1993. Við úrlausn fyrirbyggjandi kröfu um endurupptöku verður þó að taka mið af því að ekki er um að ræða endanlega úrlausn máls fyrir kærunefndinni og að ákvörðunin er tekin áður en öll sjónarmið aðila málsins liggja fyrir.

Endurupptökubeiðandi vísar einkum til þriggja röksemda sem hann telur að leiða skuli til þess að umrædd ákvörðun verði endurupptekin. Annars vegar er vísað til yfirlýsingar, sem endurupptökubeiðandi aflaði sjálfur, frá Cross Zlin as, þar sem fram virðist koma afstaða þess félags til skilmála hins kærða útboðs, þ. á m. um að útboðsgögn tryggi ekki nægjanlega jafnræði milli bjóðenda í hinu kærða útboði. Hins vegar er vísað til þess að Smith og Norland hf. hafi eitt skilað tilboðum í hinu kærða útboði, sem og að tilboð félagsins hafi verið nánast jafnhátt og kostnaðaráætlun varnaraðila. Umræddar upplýsingar sýna hvorki fram á að umrædd ákvörðun kærunefndar útboðsmála frá 1. október 2020 hafi byggst á ófullnægjandi né röngum upplýsingum um málsatvik, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 24. gr. laga nr. 37/1993. Þá verður ekki heldur séð að aðrar röksemdir endurupptökubeiðanda styðji kröfu hans um endurupptöku að virtum skilyrðum laga fyrir slíku. Verður kröfu endurupptökubeiðanda um endurupptöku ákvörðunar kærunefndar útboðsmála frá 1. október 2020 í máli nr. 41/2020 því hafnað.

Ákvörðunarorð:

Hafnað er kröfu Reykjafells ehf. um endurupptöku ákvörðunar kærunefndar útboðsmála frá 1. október 2020 í máli nr. 41/2020, Reykjafell ehf. gegn Reykjavíkurborg, Vegagerðinni og Smith og Norland hf.

Reykjavík, 29. október 2020

Ásgerður Ragnarsdóttir

Sandra Baldvinsdóttir