

Ákvörðun kæruneftndar útboðsmála 30. október 2020

í máli nr. 46/2020:

Reykjafell ehf.

gegn

Reykjavíkurborg,

Vegagerðinni og

Smith og Norland hf.

Lykilorð

Kærufrestur. Útboðsgögn. Tæknilegt hæfi. Kröfu um stöðvun útboðs hafnað.

Útdráttur

Hafnað var kröfu kæranda um að stöðva um stundarsakir útboð um endurnýjun MP stýrikassa, sbr. 1. mgr. 110. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Með kæru móttækinni hjá kæruneftnd útboðsmála 20. október 2020 kærir Reykjafell ehf. útboð Reykjavíkurborgar og Vegagerðarinnar (hér eftir vísað til sem „varnaraðila“) nr. 14943 auðkennt „Endurnýjun MP stýrikassa“. Kærandi krefst þess aðallega að „ákvörðun um val á tilboði Smith&Norland verði felld úr gildi og hið kærða útboð verði felld úr gildi og að lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða að nýju út innkaup á stýribúnaði umferðarljósa, sbr. 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016. Hið nýja útboð lúti að stýribúnaði í heild sinni og verði án skilyrða um tæknilega eiginleika og búnað frá einum framleiðanda (t.d. miðlægum stýribúnaði, forgangskerfi og kerfunum Ocit, Canto, Sitraffic, Stream og Motion frá Siemens) og annarra skilyrða sem leiða til þess að einungis eitt fyrirtæki geti í raun boðið í alla hluta útboðsins.“ Til vara krefst kærandi þess að „ákvörðun um val á tilboði Smith&Norland verði felld úr gildi og hið kærða útboð verði felld úr gildi og að lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða að nýju út innkaup á stýribúnaði umferðarljósa, sbr. 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016.“ Til þrautavara krefst kærandi þess að „ákvörðun um val á tilboði Smith&Norland verði felld úr gildi og öll skilyrði útboðsins sem beinast að tækni og búnaði frá einum framleiðanda, t.d. tengingu við miðlægan stýribúnað, forgangskerfi, kerfunum Ocit, Canto, Sitraffic, Stream og Motion frá Siemens, verði felld úr útboðsskilmálum, sbr. 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016.“ Kærandi krefst þess í öllum tilvikum að kæruneftnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda, sbr. 2. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup, svo og að varnaraðilar greiði kostnað kæranda við að hafa kærana uppi, sbr. 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016.

Varnaraðili Reykjavíkurborg skilaði greinargerð 23. október 2020 og krefst þess aðallega að kröfum kæranda verði vísað frá en til vara að þeim verði hafnað. Jafnframt krefst varnaraðili Reykjavíkurborg þess að kærandi greiði málskostnað samkvæmt 2. málsl. 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016.

Smith og Norland hf. skilaði greinargerð 23. október 2020 og krefst þess að öllum kröfum kæranda verði hafnað.

Varnaraðili Vegagerðin hefur ekki komið á framfæri sjónarmiðum sínum vegna málsins.

Í þessum þætti málsins kemur til skoðunar annars vegar krafa Smith og Norland hf. um afléttingu sjálfkrafa stöðvunar hins kærða útboðs, en kærandi byggir á því í kæru sinni að hún leiði til sjálfkrafa stöðvunar útboðsins samkvæmt 1. mgr. 107. gr. laga nr. 120/2016. Hins vegar er tekin afstaða til kröfu kæranda um að hið kærða útboðsferli eða val tilboðs verði stöðvað þar til endanlega hefur verið skorið úr kæru, sbr. 1. mgr. 110. gr. laga nr. 120/2016.

I

Samkvæmt gögnum málsins gerðu varnaraðilar 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 kæranda til kærunefndar útboðsmála í máli nr. 32/2019, sem er til meðferðar hjá kærunefndinni. 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 hið kærða útboð, meðal annars í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins, er laut að endurnýjun á MP stýrikössum, þ.m.t. stýrikassa umferðarljósa, skynjara, ljóskera og hnappaboxa. Í grein 2.1.1 í útboðsgögnum var

fjallað um þær kröfur sem gerðar voru til boðinna vara. Þar sagði meðal annars að boðnir stýriskassar 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.

Hinn 7. september 2020 kærði kærandi máls þessa útboðið til kærunefndar útboðsmála og krafðist þess meðal annars að útboðið yrði stöðvað um stundarsakir. Með ákvörðun kærunefndar útboðsmála frá 1. október 2020 í máli nr. 41/2020 var kröfu kæranda um stöðvun útboðsins um stundarsakir hafnað.

Hinn 13. október 2020 voru tilboð í hinu kærða útboði opnuð. Eitt tilboð barst frá Smith og Norland hf. að fjárhæð 79.842.323 krónur. Samkvæmt upplýsingum frá varnaraðila Reykjavíkurborg hefur ekki verið tekin ákvörðun um val á tilboði á grundvelli hins kærða útboðs.

II

Kærandi byggir að meginstefnu til á því að útboðsgögn og valforsendur hins kærða útboðs séu sniðnar að þeim vörum sem Smith & Norland hf. bjóði upp á þannig að allir aðrir bjóðendur séu í raun útilokaðir frá raunhæfri þátttöku í hinu kærða útboði. Í því samhengi vísar kærandi til máláttilbúnaðar bæði í kæru sinni til kærunefndar útboðsmála 7. september 2020 í máli nr. 41/2020, sem og kæru og athugasemda vegna kærumsáls sem er til meðferðar hjá kærunefnd útboðsmála nr. 32/2019. Í því samhengi hafi ákvörðun kærunefndar útboðsmála 1. október 2020

í máli nr. 41/2020 ekki verið reist á réttum forsendum sem hafi komið betur í ljós í kjölfar hennar. Kærandi hafi lagt fram kærú innan 20 daga frá því útboðsgögn hins kærða útboðs voru birt, sbr. mál kærufndar nr. 41/2020.

Kæra í máli þessu sé einvörðungu lögð fram til öryggis og svo að stöðvunarkrafa komist örugglega að, en á sama tíma sé höfð uppi krafa um endurupptöku ákvörðunar kærufndar útboðsmála frá 1. október 2020 í máli nr. 41/2020. Umrædd ákvörðun hafi byggst á röngum forsendum, meðal annars í ljósi þriggja atriða sem sýni að enginn annar en Smith og Norland hf. hafi getað tekið þátt í hinu kærða útboði. Í fyrsta lagi hafi kærandi aflað formlegrar staðfestingar frá Cross Zlin um að kerfið sem útboðsgögnin gera að óundanþægu skilyrði sé þess eðlis að enginn búnaður geti tengst því nema vörur frá Siemens. Í öðru lagi hafi aðeins eitt fyrirtæki skilað tilboði í hinu kærða útboði, Smith og Norland hf. Í þriðja lagi hafi tilboð Smith og Norland hf. verið nánast nákvæmlega jafnhátt og kostnaðaráætlun hins kærða útboðs, þ.e. 99% af áætluninni. Bendi það til þess að kostnaðaráætlun hafi miðast við vörur og tilboð Siemens. Þá eru gerðar athugasemdir við ákvörðun kærufndar útboðsmála 1. október 2020 í máli nr. 41/2020 sem sé byggð á þeirri forsendu að útboðsgögn vísi til opna samskiptastaðalsins OCIT sem megi nýta til þess að tryggja upplýsingaflæði milli stýrikassa og stýritölvu. Aftur á móti sé ekki tekið tillit til þess að boðnar vörur þurfi einnig að geta tengst Sitraffic CANTO, STREAM og MOTION kerfunum frá Siemens. Þótt litið yrði svo á að aðrir bjóðendur gætu tengst OCIT kerfinu þá geti einungis vörur frá Siemens tengst öðrum kerfum. Jafnvel þótt aðrir bjóðendur gætu tengst OCIT kerfinu þá mismuni skilmálar útboðsins bjóðendum. Þó að það geti fræðilega verið mögulegt fyrir aðra bjóðendur að tengjast kerfunum útheimti það mikla forritunar- og hugbúnaðarvinnu auk þess sem sérstakt leyfi þurfi frá Siemens til þess að aðrir geti tengst kerfinu. Einungis sé vísað til OCIT tenginga í hluta útboðsgagna en ekki öðrum, sbr. greinar 2.1.1 og 2.1.2.1 útboðsgagna. Engar málefnalegar ástæður séu fyrir því að sníða innkaupin að Siemens. Útboðsskilmálarnir feli í sér brot á 3.-5. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Varnaraðili Reykjavíkurborg byggir einkum á því að vísa beri kröfum kæranda frá kærufnd útboðsmála þar sem nefndin hafi þegar tekið afstöðu til stöðvunarkröfu kæranda á grundvelli 1. mgr. 110. gr. laga nr. 120/2016 með ákvörðun frá 1. október 2020 í máli nr. 41/2020. Ekki sé tækt að kærandi hafi uppi nýja kröfu um stöðvun vegna sama útboðsferlis. Þá hafi ákvörðun um val á tilboði í hinu kærða útboði ekki verið tekin og sé því ekki fyrir að fara neinni nýrri ákvörðun í málinu frá því að fyrrgreind ákvörðun kærufndar útboðsmála lá fyrir. Að auki sé kærufrestur samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 liðinn. Málsástæður kæranda lúti allar að ákvörðunum varnaraðila um framsetningu skilmála útboðsins sem lágu

fyrir 18. ágúst 2020, en kærán hafi borist kærunefnd útboðsmála rúmum tveimur mánuðum síðar, þ.e. 20. október 2020, og því ljóslega utan kærufrests. Ekki séu skilyrði til þess að fallast á að framkomin kæra stöðvi sjálfkrafa hið kærða útboð, sbr. 1. mgr. 107. gr. laga nr. 120/2016. Þá er bent á að einungis eitt tilboð hafi borist í hinu kærða útboði og sé því ekki til staðar lögboðinn biðtími, sbr. 2. tölul. 2. mgr. 86. gr. laga nr. 120/2016. Jafnframt er vísað til athugasemda varnaraðilans í kærumáli nr. 41/2020. Þá er tekið fram að málatilbúnaður kæranda sé byggður á misskilningi um stýribúnað umferðarljósa. Yrði varnaraðilanum gert að bjóða út innkaup á stýribúnaði umferðarljósa í heild sinn myndi það kosta hann verulegar fjárhæðir í milljörðum talið og gera það að verkum að hann gæti ekki nýtt þann búnað sem hann hefði fjárfest í með lögmætum hætti. Jafnframt liggja fyrir að varnaraðili Reykjavíkurborg hafi ekki verið að bjóða út „stýribúnað umferðarljósa“ í hinu kærða útboði heldur endurnýjun á MP stýrikössum fyrir tiltekin gatnamót. Skilyrði útboðsgagna séu tilkomin vegna þess að vélbúnaður og hugbúnaður sem sé í eigu varnaraðila og nýr umferðarljósabúnaður verði að geta átt í samskiptum.

Smith og Norland hf. vísar að meginstefnu til athugasemda félagsins í kærumálum nr. 32/2019 og 41/2020. Áréttá beri að aðrir framleiðendur en Siemens geti tengt jaðarbúnað sem þeir framleiða við fyrirliggjandi miðlægan búnað Siemens. Sá búnaður sem hið kærða útboð lúti að feli ekki í sér tæknilegar hindranir, heldur sé nauðsynlegur þáttur í innkaupum opinberra aðila, sem miði að því að auka verulega notagildi og þýðingu þess tæknibúnaðar sem stjórnir umferðarflæði á höfuðborgarsvæðinu.

III

Samkvæmt fyrirliggjandi gögnum hefur ekki farið fram val á tilboði í hinu kærða útboði. Kæra í þessu máli gat þegar af þeirri ástæðu ekki leitt til sjálfkrafa stöðvunar sammingsgerðar, sbr. 1. mgr. 107. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Verður því tekin afstaða til kröfu kæranda um stöðvun hins kærða útboðs um stundarsakir, sbr. 1. mgr. 110. gr. sömu laga, en skilyrði þess eru að verulegar líkur hafi verið leiddar að broti gegn lögnum eða reglum settum samkvæmt þeim sem geti leitt til ógildingar ákvörðunar eða annarra athafna varnaraðila.

Röksemdir kæranda eru að mestu leyti byggðar á því að ákvörðun kærunefndar útboðsmála frá 20. október 2020 í máli nr. 41/2020 sem varðaði sama útboð standist ekki. Hefur kærandi krafist endurupptöku þeirrar ákvörðunar og var kröfunni hafnað með ákvörðun nefndarinnar 29. október sl. Málatilbúnaður kæranda varðar að öðru leyti skilmála útboðsgagna hins kærða útboðs, en útboðsgögn voru birt 18. ágúst 2020 og var fyrri kæra kæranda vegna útboðsins móttækin 7. september sama ár. Að þessu virtu telur nefndin, eins og málið liggur nú

fyrir, að kæran sem var móttækin 20. október sl. hafi borist utan kærufrests samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016. Þegar af þeirri ástæðu verður að hafna kröfu kæranda um stöðvun hins kærða útboðs um stundarsakir samkvæmt 1. mgr. 110. gr. laga nr. 120/2016.

Ákvörðunarorð:

Hafnað er kröfu kæranda, Reykjafells ehf., um að stöðva um stundarsakir útboð varnaraðila, Reykjavíkurborgar og Vegagerðarinnar, nr. 14943 auðkennt „Endurnýjun MP stýrikassa“.

Reykjavík, 30. október 2020

Ásgerður Ragnarsdóttir

Sandra Baldvinsdóttir